



A CONVENÇÃO DE WASHINGTON À LUZ DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL: OS IMPACTOS CAUSADOS AOS INVESTIMENTOS DO BRASIL COMO PAÍS NÃO SIGNATÁRIO.

Flávia Gottardi Morelli

Nº 57868

Professora Dra. Elsa Dias Oliveira

Lisboa 2019

RESUMO

A globalização modificou substancialmente as relações entre os Estados, derrubando fronteiras anteriormente rígidas. Com o advento desse novo momento histórico, surgiu também a oportunidade de expansão dos investimentos dos particulares a novos territórios além do seu próprio Estado. Assim, com o tempo, a economia assistiu uma transformação intensa, por meio da qual o capital adquiriu uma mobilidade dantes desconhecida, de modo que os investimentos realizados em um determinado Estado passaram a ter como origem diversos outros Estados, e, mais importante, sendo proveniente das reservas da iniciativa privada. Em razão disso, passou a serem necessárias garantias de que tais investimentos não sofreriam qualquer intervenção do Estado que o recebia, para que seu patrimônio não fosse prejudicado. Uma das principais formas de se garantir o investimento estrangeiro é a transferência da competência para julgar eventuais disputas concernentes a tais investimentos do judiciário e Estado receptor à arbitragem internacional. Por se tratar de um tribunal independente e, teoricamente, melhor municiado para lidar com a problemática envolvida em uma controvérsia desta natureza, a arbitragem se tornou atrativa aos investidores, receosos dos atos expropriatórios que poderiam vir a ser tomados pelos Estados receptores de seu capital. O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI) surgiu nesse contexto e é caracterizada como uma organização internacional criada pela Convenção de Washington de 1965, sob os auspícios do Banco Mundial com a intenção de fornecer aos investidores e aos Estados um mecanismo internacional de solução de controvérsias neutro e imparcial, que despolitize as disputas envolvendo investimentos estrangeiros e contribuisse para o aumento do fluxo de aportes de capital para os países menos desenvolvidos. Nesse contexto, o papel do Brasil como país não signatário da Convenção se mostra importante para análise, já que serão abordados no presente trabalho os motivos pelos quais o país se mantém fora da jurisdição do CIRDI e quais os impactos que isso gera aos investimentos brasileiros.

Palavras Chave: Arbitragem de Investimento Estrangeiro; CIRDI; Acordos de Promoção e Proteção de Investimento; Resolução de Controvérsia.

ABSTRACT

Globalization changed substantially the relationships among States, breaking boundaries once rigids. In this new moment in time, an opportunity also came up, by need, of expansion of the private investments towards new territories beyond the ones of their own. So, in time, the economy suffered an intense transformation, by which capital gained mobility so far unknown, in a way that investments made in a given State had sources from various other States and, most importantly, coming from the reserves of the private initiative. To the private initiative guarantees started to be needed in order to that its investment did not suffer intervention from the State receiving the investment, and so that its asset wouldn't be damaged. One of the main forms of guaranteeing the foreign investment is to transfer the competence to judge eventual disputes concerning such investments from the courts of the host State to international arbitration. Because it is an independent court and, theoretically, better provided with resources to deal with the issue involved in such a controversy, arbitration has become attractive to investors afraid of the expropriatory acts that could be taken by the host States of their capital. The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) emerged in this context and is characterized as an international organization created by the 1965 Washington Convention, under the auspices of the World Bank with the intention of providing investors and states with an international mechanism for neutral and impartial dispute settlement that depoliticizes disputes involving foreign investment and contributes to the increased flow of capital to the least developed countries. In this context, Brazil's role as a non-signatory country to the Convention is important for analysis, as the reasons why the country remains outside the ICSID jurisdiction and the impact that this generates on Brazilian investments will be studied.

Keywords: Foreign Investment Arbitration; ICSID; Investment Promotion and Protection Agreements; Dispute Resolution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Capítulo I – Do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (CIRDI)

1.1 Arbitragem de Investimento Estrangeiro

1.2 Da Convenção de Washington de 1965: Contexto histórico

1.3 Considerações sobre o CIRDI

1.3.1. Estrutura e funcionamento.

1.3.2. Jurisdição Arbitral.

1.3.2.1. Competência em razão da matéria (*ratione materiae*)

1.3.2.2. Competência em razão da pessoa (*ratione personae*)

1.3.3. Formação – instauração do procedimento arbitral.

1.3.4. Caráter Obrigatório do Laudo Arbitral.

Capítulo II – Do Investimento Estrangeiro

2.1. O Investimento Estrangeiro segundo o Direito Internacional

2.1.1. As fontes jurídicas não convencionais

2.1.2. As fontes jurídicas convencionais

2.2. Proteção ao Investimento Estrangeiro - Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPRIs)

Capítulo III – Da Posição do Brasil diante das Arbitragens de Investimento

3.1. Motivos que levaram o Brasil a não ratificar a Convenção de Washington

3.2. O CIRDI e os Investimentos Estrangeiros no Brasil

3.2.1. O Aumento da Importância dos Investimentos Estrangeiros e a Necessidade de Utilização da Arbitragem

3.2.2. A Atuação do Brasil frente ao CIRDI

3.3. Os impactos causados aos investimentos brasileiros em razão de o país não ser signatário da Convenção de Washington.

3.4. O isolamento do Brasil do Sistema de Arbitragem de Investimento: Possível processo de mudança.

3.5. Mecanismo complementar do CIRDI: Uma possível alternativa para os investidores brasileiros.

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

SIGLAS E ABREVIATURAS

AID – Associação Internacional do Desenvolvimento

APRI – Acordo de Proteção e Promoção de Investimentos

BIRD – Banco Interamericano de Desenvolvimento

CFI – Corporação Financeira Internacional

CIRDI – Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos

FMI – Fundo Monetário Internacional

IED – Investimento Estrangeiro Direto

MIGA – Agência Multilateral de Garantia de Investimento

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

TBI – Tratado Bilateral de Investimento

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento

INTRODUÇÃO

Considerando que os investimentos estrangeiros exercem papel fundamental nas relações econômicas entre os países, já que permitem uma expansão de mercado para o investidor e maior desenvolvimento social e econômico para o país receptor, é importante estudar mais a fundo as regulamentações aplicadas para a solução de possíveis litígios que possam advir dessa prática exercida em caráter global.

Isso porque, a ambição do homem em alcançar novos mercados vem crescendo a cada ano e, concomitante a tal fato, também o desejo de obter desenvolvimento econômico para suas nações. Com isso, o papel que o investimento estrangeiro desempenha é de fundamental importância para que se opere esse intercâmbio entre nações e o consequente crescimento econômico.

Com a função precípua de regulamentar essas trocas, existem diversos instrumentos internacionais, tanto bilaterais como multilaterais. Sendo assim, um dos objetivos do presente trabalho é analisar o papel que o Banco Mundial exerceu ao promover a redação de uma convenção para criar um mecanismo especialmente concebido para dirimir litígios entre Estados receptores e investidores privados estrangeiros¹: A “Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados”, adotada em 18 de março de 1965 (Convenção de Washington).

Na Convenção de Washington, os Estados signatários criaram uma organização internacional, intergovernamental, multilateral, com personalidade jurídica própria, contemplada dentro da estrutura do Banco Mundial, cujo objetivo é de oferecer mecanismos apropriados de conciliação e arbitragem para Estados e entidades privadas, dentro de uma estrutura multilateral e confiável.

Configura, portanto, outro tema de interesse do presente trabalho, qual seja aprofundar o entendimento sobre o Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (CIRDI), criado pela Convenção de Washington de 1965 e que

¹ ZANINI GODINHO, Thiago José. *Arbitragens de Investimentos entre Estados e investidores estrangeiros no ICSID* – Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 53, jul/-dez, 2008, p. 317-346.

surgiu como uma flexibilização do paradigma inicial de sujeição dos investidores estrangeiros à soberania estatal.

Seu sistema representa uma flexibilização das regras do Direito Internacional Público tradicional que só prescrevia a responsabilidade internacional dos Estados em caso de prática de ato ilícito, ou seja, em caso de violação de obrigação internacionalmente contraída.

Portanto, em razão da alteração dos investimentos estrangeiros, fato causado pela globalização, os sujeitos envolvidos passaram a ser diversificados, com o ingresso de instituições particulares, como bancos ou grandes empresas, na condição de provedores de capital para investimentos. Sendo assim, a individualização do interesse das partes também foi crescendo e, naturalmente, seus objetivos podem compactuar ou não com os da parte contrária.

Nesse contexto o CIRDI passou a ser um mecanismo de segurança para os investidores, já que configura uma instituição especializada para solucionar controvérsias relacionadas a investimentos estrangeiros, com acesso direto ao Estado receptor deste investimento.

Assim, os investidores que, até então possuíam apenas proteção diplomática ou os tribunais nacionais para solucionar tais conflitos, após a intervenção do Banco Mundial, passaram a receber uma atenção especializada, por meio de um procedimento arbitral que opunha uma parte privada de direito interno a uma pessoa jurídica de direito público com personalidade jurídica internacional.

Portanto, a adoção de uma Convenção Internacional, sob os auspícios do Banco Mundial, parece ser capaz de reconciliar os interesses contraditórios dos Estados soberanos e dos investidores privados. As partes privadas esperavam que os Estados fossem induzidos a aceitar esse novo esquema, já que o CIRDI é uma instituição arbitral internacional ligada ao Banco Mundial, e porque o foco estava na proteção da soberania do Estado.

O Estado tem sua soberania protegida porque é livre para ratificar ou não a Convenção; e também porque as regras que governam a submissão de um caso à

arbitragem parecem proteger o consentimento do Estado; e, finalmente, o Estado também tem sua soberania protegida porque a Convenção de Washington prevê a possível aplicação da lei nacional pelo tribunal arbitral².

Ao analisarmos a situação do Brasil no contexto das arbitragens de investimento, é possível verificar que essa modalidade ainda é praticamente inexistente no país, já que optou por não participar do sistema de solução de controvérsias entre investidor e Estado, ao não subscrever a Convenção de Washington e, também, à decisão de não ratificar os acordos bilaterais de proteção e promoção de investimentos firmados na década de 1990, retirados do Congresso em 2002, antes de sua ratificação.

No presente trabalho, pretendo analisar os impactos que tal posicionamento causam ao Brasil, passando por possíveis problemáticas relacionadas à diminuição dos investimentos estrangeiros em razão de uma possível insegurança dos investidores, já que o país optou por não ratificar a convenção de Washington, que estabelece o CIRDI.

Além disso, será objeto de estudo e análise a possibilidade de tal isolamento do sistema de arbitragem de investimento se encontrar em processo de mudança, tanto pela crescente globalização, quanto pela aplicação do denominado Mecanismo Complementar do CIRDI, que poderia configurar uma alternativa aos investidores brasileiros.

Por fim, lançarei minhas conclusões acerca dos pontos abordados neste trabalho, especialmente no que tange à importância do procedimento arbitral no âmbito das relações entre Estados e investidores, bem como a relação ao embate acirrado existente entre o interesse privado e o interesse público e, por fim, o que pode se esperar do posicionamento do Brasil frente às arbitragens de investimento.

² STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. São Paulo: Manole, 2003, p. 100-101.

CAPÍTULO I

1. DO CENTRO INTERNACIONAL DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTO (CIRDI)

1.1. A Arbitragem de Investimento Estrangeiro

O início do século XX foi marcado por um intenso processo de globalização, que teve como consequência o crescimento do comércio. Isso gerou um ambiente favorável para que países desenvolvidos adotassem políticas visando estimular os investimentos internacionais³.

Qualquer tentativa de definir o termo “globalização” necessariamente irá passar pelo processo de integração econômica e o aumento das transações financeiras ao redor do mundo⁴, o que resultou em um ingresso elevadíssimo da iniciativa privada nesta nova definição de desenvolvimento, como bem salienta Pedro Luiz Dalcero:

“(…) O que distingue a globalização financeira contemporânea dos grandes fluxos de capitais do início do século XX é a prevalência, em nossa época, do fluxo de capitais privados. Naquele outro período a maior parte dos capitais migravam apenas no sentido bilateral e na forma de empréstimos, garantidos por títulos públicos emitidos pelos países industrializados. A partir da década de 60, esse cenário sofreu uma mudança qualitativa”⁵

Sendo assim, o cenário internacional não se apresentava muito favorável a segurança dos investimentos estrangeiros em países subdesenvolvidos. Eram tempos de insegurança jurídica, especialmente relacionado ao aparecimento de novos países

³ BERNARDO M. Crenades; DAVID J.A. Cairns. *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Investment Disputes*, In: *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, p. 325.

⁴ BARBOSA, Alexandre de Freitas. *O Mundo Globalizado*, p. 12-13.

⁵ DALCERO, Pedro Luiz. *Globalização financeira e volatilidade de capitais: a busca de uma alternativa nacionalista*, In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília: ano 40, nº2, 1997, p. 19-20.

independentes, com a possibilidade de instalação de governos revolucionários e socialistas e, contribuindo com tal cenário, estavam as fragilidades dos sistemas jurídicos nascentes, bem como de uma América Latina fortalecida⁶

Nesse contexto, os mecanismos tradicionais disponibilizados pelo Direito Internacional para a solução de controvérsias das questões envolvendo interesses particulares passaram a ser consideradas inadequados para a composição dos interesses dos investidores e dos seus Estados de origem e dos Estados receptores⁷.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, o investimento externo atingiu níveis elevadíssimos e a política de regulação do investimento estrangeiro era caracterizada não só pela composição dos interesses conflitantes de segurança do investidor e soberania econômica dos Estados, mas também pelo incentivo à liberalização do investimento. Com o intuito de atrair investimentos privados para o desenvolvimento das economias nacionais, instituiu-se a prática de celebração de contratos entre investidores estrangeiros e Estados receptores de investimentos, que, costumeiramente, ofereciam a tais investidores uma certa garantia – para oferecer mais segurança – cláusulas compromissórias pelas quais as partes concordavam em retirar das cortes locais a jurisdição para resolver eventuais controvérsias surgidas entre Estados e investidores estrangeiros⁸.

A discussão sobre métodos que possibilitassem a resolução de conflitos relacionados aos investimentos estrangeiros está vinculada essencialmente ao desenvolvimento de políticas públicas de proteção e promoção do investimento estrangeiro que têm como objetivo principal não só a recepção do investimento estrangeiro, mas também o investimento nacional que é feito no exterior.

Diante dessa realidade, a arbitragem mista internacional, realizada nos moldes da arbitragem comercial internacional entre particulares, mas que elevasse o direito do particular a patamares possíveis de acessar o direito do particular

⁶ LOWENFELD, Andreas F. *International Economy Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

⁷ COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas Sobre Investimentos Estrangeiros (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados*. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006, p. 73-74.

⁸ DELAUME, Georges R. *State contracts and transnational arbitration*. American Journal of International Law, Washington D.C.: American Society of International Law, v. 75, 1981, p. 798.

estrangeiro e, com isso, propiciar uma possível demanda arbitral contra um Estado, mostrou-se o método mais eficaz de solução de controvérsias.

A partir de então, o atual regime internacional sobre investimentos passou a se solidificar, tal fato compreendeu a assinatura de diversos tratados bilaterais de investimento (TBIs) e de acordos de promoção e proteção de investimentos (APPRIs). Tais fatos culminaram em inevitáveis controvérsias no âmbito dos investimentos estrangeiros, cuja solução pelos meios tradicionais à época acabou por se revelar um tanto quanto obsoleta.

A arbitragem de investimento estrangeiro está inserida no amplo conceito de arbitragem, porém apresenta certas peculiaridades que a difere de um simples procedimento arbitral, especialmente por envolver entes públicos e, também, pelas matérias que a arbitragem de investimento vai abordar. De acordo com os ensinamentos de Luiz Olavo Baptista:

“O termo “investimento estrangeiro” passou a ser utilizado após a Segunda Guerra Mundial. Antes disso, existia apenas uma política para tratar das atividades econômicas de estrangeiros residentes em território nacional. Gradativamente, ocorre o surgimento de um regime dos investimentos estrangeiros, com a tentativa de criação de códigos de conduta e normas, além dos acordos de proteção e garantia dos investimentos”⁹

Conforme prevê a Lei Modelo da UNCITRAL uma arbitragem pode ser considerada como internacional se: (i) os Estados parte tiverem suas sedes localizadas em países diferentes; (ii) for previamente pactuado pelas partes que o objeto do acordo envolverá múltiplos entes Estatais; e (iii) o em que será realizada a execução das obrigações pactuadas no acordo celebrado entre as partes seja diferente do Estado em que se localizam as sedes das empresas das partes¹⁰.

⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 30.

¹⁰ LIMA MARTINS, Daniele Souza. *A arbitragem de Investimento Estrangeiro. Em especial, a problemática da confidencialidade do procedimento arbitral nas disputas investidor-Estado* – Dissertação de Mestrado – Universidade do Porto, 2015 – p.16-17.

É possível caracterizar a arbitragem de investimentos pela simples divergência nos interesses público-privados dos Estados negociantes, sendo que um será o investidor propriamente dito e o outro será o hospedeiro do investimento. Nesse sentido, já estabeleceu Érika Capella Fernandes que:

“[...] para o investidor interessa o acesso à mão de obra e recursos naturais do Estado receptor do investimento, a posição geográfica do Estado, a ampliação de seu mercado consumidor, o aumento de lucros e a construção de alianças estratégicas”¹¹

Sendo assim, o objeto dos litígios envolvendo o investimento internacional, invariavelmente, estará baseado nas consequências econômicas decorrentes de um ato praticado pelo Estado que afete as condições inicialmente pactuadas e, nesse tipo de situação, pode-se afirmar que a arbitragem relacionada a tais litígios apresenta-se como um método vantajoso, já que o procedimento arbitral consiste em um “método de resolução de conflitos heterocompositivo que pode ser moldado de forma a ter uma característica não nacional, aceitável para ambas as partes de uma disputa que envolva aspectos de mais de uma nacionalidade”¹².

Dos vários sistemas institucionais existentes para a solução de controvérsias entre um investidor particular e um Estado, será destacado para o presente trabalho o CISDI, que surgiu no âmbito da Convenção de Washington de 1965, como uma tentativa de conciliação dos interesses contraditórios entre os Estados e os investidores¹³.

¹¹ FERNANDES, Erika Capela. *O Posicionamento Latino-Americano frente ao CISDI: Análise das denúncias da Convenção de Washington promovidas pela Bolívia, Equador e Venezuela*. São Paulo, 2019 – introdução.

¹² PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, p.3.

¹³ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*, p.173.

1.2. Da Convenção de Washington de 1965: Contexto histórico

Conforme analisado acima o investimento estrangeiro possui uma característica muito peculiar que consiste na dinâmica imposta pela relação entre o Estado e o investidor. Em razão disso, ao firmar um tratado de investimento, a conduta que se espera entre os Estados-parte é que ajam com boa-fé, o que consiste em requisito essencial para que não sejam frustradas as expectativas geradas, tanto pelo investidor, quanto pelo Estado receptor do investimento. Ou seja, o Estado receptor deve agir de forma consistente, inequívoca e transparente.

Diante de tamanha singularidade, o tratamento conferido aos investimentos estrangeiros pelos Estados receptores é passível de gerar inúmeras divergências entre as partes, que ocorrem, especialmente, no que se refere à aplicação dos acordos internacionais sobre a matéria, das regras costumeiras internacionais, dos princípios gerais do direito, dos contratos com o Estado e das leis internas do Estado receptor dos investimentos¹⁴.

Sabe-se que os conflitos internacionais são solucionados pelos métodos listados na Carta de São Francisco, que em seu art. 33 dispõe de métodos que visam à solução pacífica, envolvendo meios jurídicos, políticos e diplomáticos, a saber:

“1. As partes numa controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, se o julgar necessário, as referidas partes a resolver por tais meios as suas controvérsias”¹⁵.

Considerando que o cenário econômico e jurídico vem sendo alterado em uma escala mundial, as formas e natureza das soluções de conflitos existentes em âmbito internacional também foram modificadas. Como decorrência disso, os Estados

¹⁴ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*, p.147.

¹⁵ https://www.cmvfxira.pt/cmvfxira/uploads/writer_file/document/14320/Carta_das_Nacoes_Unidas.pdf

passaram a ter maior soberania econômica, sendo que este passou a participar mais ativamente do cenário econômico, de modo que conquistou o direito de expropriar e celebrar acordos com sujeitos privados.

Como decorrência disso, inevitáveis conflitos passaram a surgir, dessa vez envolvendo particular e Estado. Dessa forma, existiriam dois mecanismos de solução de tais conflitos. Pelo primeiro, o investidor processaria o Estado, sendo obrigado a ser subordinado às leis desse referido Estado, o que configuraria a situação em que o Estado seria ao mesmo tempo parte e juiz da causa.

Uma segunda possibilidade, temos a hipótese em que, em seu próprio sistema legal, o investidor processaria o Estado e, para este caso, existiria o problema da imunidade de jurisdição e de execução dos Estados soberanos, já que o Estado receptor de investimentos não pode ser obrigado a submeter-se à jurisdição dos tribunais nacionais de outro Estado¹⁶.

Diante desses cenários, com a finalidade precípua de promover a segurança jurídica internacional, que constitui um elemento capaz de expandir os fluxos econômicos internacionais através da redução dos riscos empresariais, inclusive não comerciais, muitos Estados vêm utilizando a arbitragem como método de resolução de conflitos apropriado para se garantir a eficiência e, em alguns casos, a própria continuidade da relação jurídica estabelecida.

Portanto, os mecanismos internacionais de solução de controvérsias não vinculados a qualquer tipo de soberania, envolvem: (i) o pedido da proteção diplomática do Estado de origem do investimento, que processaria o Estado receptor de investimentos em uma instituição internacional; ou (ii) a busca da arbitragem, pelo investidor, diretamente contra o Estado¹⁷. E, diante disso, passou a ficar mais claro em uma estala mundial que a criação de uma instituição permanente que administrasse a realização das arbitragens mistas e fixasse regras procedimentais

¹⁶ MAGRUGA FILHO, Antenor Pereira. A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; p. 198.

¹⁷ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*, p.179.

adequadas para a situação particular da arbitragem privada com o Estado, pareceu como urgente e necessária.

A ideia de criar, por meio de uma convenção internacional, um centro especializado na solução de controvérsias envolvendo o Estado receptor do investimento e o investidor estrangeiro, surgiu no âmbito do BIRD na década de 1960. A intenção era criar um mecanismo de solução pacífica de controvérsias, que fosse neutro em relação às tensões existentes entre investidores e Estados e contribuísse, portanto, para o aumento do fluxo de investimentos internacionais¹⁸.

Em 1961, Aron Broches, diretor do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD), enviou um estudo aos diretores executivos do Banco apontando que um dos principais problemas para a atração de investimentos estrangeiros em economias em desenvolvimento era a ausência de métodos eficazes de solução de controvérsias entre Estados e investidores estrangeiros. Broches considerava que a criação de um órgão internacional destinado a resolver conflitos envolvendo investidores estrangeiros daria maior confiança para que investidores estrangeiros alocassem recursos em economias em desenvolvimento. Na concepção de Broches, a mera adoção de cláusulas compromissórias, além de estar restrita a grandes investidores, não seria suficiente se não houvesse mecanismos que garantissem a sua eficácia na ordem jurídica internacional¹⁹.

A Convenção de Washington surge, portanto, em um contexto de considerável instabilidade para os investimentos estrangeiros, notadamente os realizados por investidores de países industrializados, especialmente naqueles considerados subdesenvolvidos, por intermédio da expropriação de empresas estrangeiras, às quais passavam à administração pública local.

Nesse sentido, um dos pontos considerados inovadores trazidos pela Convenção de Washington foi o de possibilitar e capacitar o homem comum a

¹⁸ KLEINHEISTERKAMP, Jan. *O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros*. In: CHEREM, Mônica Tereza; SENA JUNIOR, Roberto (Org.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento: uma perspectiva brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-191.

¹⁹ FIGUEIREDO, Roberto Castro de. *As origens do Uso da Arbitragem Como Modo de Solução de Controvérsias em Disputas Relativas a Investimentos*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ed. Especial (A proteção ao investimento estrangeiro), 2011, p.16.

participar ativamente de uma relação jurídica junto com Estado, o que contribui para o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional. Então, centro de solução de controvérsias a ser criado deveria contemplar os interesses dos Estados e dos particulares, priorizando a solução pacífica de controvérsias envolvendo investidores e países em desenvolvimento.

Ao examinar as condições históricas e políticas da época da elaboração da Convenção de Washington com a finalidade precípua de estabelecer as regras para o funcionamento do CIRDI, percebe-se que essa mobilização internacional segue duas diretrizes centrais: (i) a proteção do investimento estrangeiro, possibilitando uma troca com os países em desenvolvimento; e (ii) tornar a arbitragem entre investidor e Estado o novo padrão internacional de solução de disputas envolvendo investimentos.

Para que um país seja afiliado ao CIRDI, é necessário apenas que seja signatário da Convenção que o instituiu, não havendo necessidade de pedido formal e ser examinado pelos Diretores Executivos das respectivas instituições. Atualmente, 147 Estados são partes da Convenção de Washington, incluindo Estados exportadores de investimento bem como Estados receptores de investimento. Entre as exceções significativas estão o México, o Brasil, a Índia e, apesar de serem signatários da Convenção, o Canadá e a Rússia, que não ratificaram a Convenção.

Apesar de não se limitar a procedimentos arbitrais instituídos com base em tratados internacionais de investimento, a arbitragem de investimento tem nos tratados internacionais de investimento sua principal fonte. Do total de casos submetidos ao centro, 73% (setenta e três por cento) foram iniciados com base em tratados internacionais de investimento. Somente 13% (treze por cento) foram iniciados a partir de contratos celebrados entre investidores estrangeiros e Estados, e 11% (onze por cento) com base na legislação municipal do Estado receptor²⁰.

²⁰ Dados obtidos em: The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2011-2).

1.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CIRDI

1.3.1. Estrutura e funcionamento

Considerando que a arbitragem tem se demonstrado como meio apto a resolver disputas relacionadas a investimentos estrangeiros, tornou-se necessário que as forças entre os investidores particulares e os Estados receptores de investimentos fossem, de certa forma, equilibradas, uma vez que as disputas realizadas no âmbito dos tribunais domésticos enfrentavam o problema da parcialidade dos julgadores.

Com a intenção de tornar o clima mais favorável aos investimentos, o Banco Mundial considerou apropriado explorar a possibilidade de redução dos conflitos mal resolvidos entre investidores e Estados. Além disso, a instituição chegou à seguinte conclusão: para que o desenvolvimento econômico seja uma realidade, os investimentos internacionais são indispensáveis; entretanto, tais investimentos dependem de certa segurança jurídica, a qual, em países menos desenvolvidos poderia ser viabilizada pela instituição da arbitragem internacional²¹.

Portanto, sob os auspícios do BIRD, a função primordial da Convenção de Washington ao criar o CIRDI, foi a de estabelecer instrumentos facilitadores de conciliação e arbitragem envolvendo investimentos entre governos e investidores estrangeiros e, com o resultado dessa empreitada, tem-se que o necessário investimento nos países menos desenvolvidos está diretamente ligado à existência de um mecanismo eficaz e confiável de solução de controvérsias entre Estado e investidores²².

Como interesse preliminar, o sistema instituído pelo CIRDI pretendeu proteger tanto o investidor quando o Estado receptor do investimento e, inclusive, tal entendimento encontra-se respaldado já no preâmbulo da Convenção de Washington

²¹ BROCHES, Aron. *The Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*. Recueil des Cours, 1973, p. 342-343.

²² KLEINHEISTERKAMP, Jan. *O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros*. In: CHEREM, Mônica Tereza; SENA JUNIOR, Roberto (Org.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento: uma perspectiva brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 158.

ao estabelecer que os Estados signatários, ao levarem em consideração a necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento econômico e o papel do investimento privado internacional, automaticamente reconhecem a importância de métodos de abrangência internacional de solução de conflitos.

O CIRDI, ao conferir aos investidores acesso ao foro internacional para resolver suas disputas, permite que os Estados signatários da Convenção de Washington despolitizem as suas disputas econômicas, libertando-se da necessidade de encampar as suas demandas, quando exportadores de capital, bem como se livram do exercício da proteção diplomática contra si, quando receptores de investimentos.

Além disso, o CIRDI possibilita que os países signatários preservem sua soberania. O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI) foi instituído pela Convenção de Washington de 1965 sobre a solução de disputas envolvendo Estados e nacionais de outros Estados, elaborada pelos diretores executivos do Banco Mundial e aberta para assinatura e ratificação dos seus Estados membros. O CIRDI pode ser classificado, portanto, como uma pessoa jurídica de direito internacional (art. 18 da Convenção de Washington), a qual goza de imunidades, isenções e privilégios próprios (arts. 19 a 24 da Convenção de Washington)²³

A criação do CIRDI decorreu de experiências em que se havia solicitado ao presidente do Banco Mundial para atuar como mediador de conflitos sobre investimentos internacionais entre Estados e investidores privados. Nessas situações, a intervenção do Banco Mundial se dava em decorrência de sua missão institucional de facilitar e viabilizar o fluxo de capitais como forma de se buscar melhores condições socioeconômicas, especialmente para os países em desenvolvimento.

“A criação do CIRDI pela Convenção de Washington de 1965 foi uma resposta à busca dos investidores estrangeiros por um organismo neutro onde suas diferenças com o Estado receptor

²³TARSO PEREIRA, Celso de. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID)*. Brasília, out/dez 1998, p. 87-93.

de seus investimentos pudessem ser resolvidas com imparcialidade, fora das jurisdições nacionais”²⁴.

A liberação do Presidente do Banco Mundial de desempenhar essa tarefa de mediação e conciliação nas disputas entre governos e investidores estrangeiros e criar uma instituição que, ao facilitar a resolução das disputas sobre investimento, ajudasse a promover o aumento do fluxo do investimento internacional, consistiu em uma das razões motivadoras da criação de uma organização especializada que se incumbisse de dirimir de maneira institucionalizada e imparcial tais divergências.

Por outro lado, pretendeu-se estimular o fluxo do investimento internacional²⁵ possibilitando a despolitização da solução de disputas sobre investimentos, mediante o oferecimento de um mecanismo institucional e imparcial que inspirasse a confiança de ambas as partes pode ser considerada um dos objetivos precípuos do CIRDI.

A criação do CIRDI pela Convenção de Washington foi, portanto, uma resposta à busca dos investidores estrangeiros por um organismo neutro que permitisse que suas diferenças com o Estado receptor de investimentos pudessem ser resolvidas com a máxima imparcialidade possível, fora das jurisdições nacionais.

O CIRDI se caracteriza por ser uma organização internacional intergovernamental e multilateral independente, sediada na cidade de Washington, dotada de personalidade jurídica internacional. É uma das cinco instituições que compõem o Grupo do Banco Mundial, juntamente com o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a Associação Internacional do Desenvolvimento (AID), a Corporação Financeira Internacional (CFI) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA).

Ademais, é importante esclarecer que o CIRDI apenas administra os procedimentos de conciliação e arbitragem realizados de acordo com as regras da

²⁴ ANDRADE. Isabela Piacentini de. *A execução de sentenças arbitrais contra estados estrangeiros segundo a Convenção de Nova York de 1958 e a Convenção de Washington de 1965*. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, nº2, jul/dez 2005, p. 52-54.

²⁵ Ver notas explicativas do CIRDI no site <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/ICSID>

Convenção de Washington e as regras processuais elaboradas pelo seu Conselho Administrativo.

A arbitragem realizada pelo CIRDI é classificada como arbitragem institucional, caracterizada pela submissão prévia e voluntária das partes às regras de um órgão arbitral pré-existente ao surgimento da controvérsia. Não figura, em si, como um típico ente conciliador ou arbitral, mas sim como uma instituição investida de regras e estrutura que permitem o estabelecimento de procedimentos de mediação e arbitragem.

Atualmente o CIRDI representa a principal organização internacional responsável pela administração de procedimentos de arbitragens de investimento. Conforme aponta José Augusto Fontoura Costa: “O CIRDI tem se firmado como predominante na solução internacional de controvérsias em matéria de investimento”²⁶.

1.3.2. Jurisdição Arbitral

A respeito da delimitação da jurisdição, sabe-se que existem muitas discussões acerca da submissão dos Estados ao CIRDI. A principal questão seria em relação aos litígios derivados do contrato específico de investimentos ou em relação a toda e qualquer espécie de investimentos.

Os países considerados desenvolvidos defenderam a posição extensiva. Já os países em desenvolvimento foram favoráveis à posição restritiva, segundo a qual a jurisdição do CIRDI só deveria ser aplicável ao investidor que tivesse celebrado um contrato específico com o Estado, sob pena de tratamento discriminatório ao investidor nacional. Os representantes brasileiros ainda afirmaram que o CIRDI não poderia se transformar num organismo de revisão das legislações de diferentes países²⁷.

²⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*, p. 203.

²⁷ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 239

Ao final, por terem colocado que os Estados não seriam jamais obrigados a submeter todos os litígios ao CIRDI e que poderiam dar o consentimento somente para os litígios contratuais, os defensores do projeto acabaram por obter a maioria, inconsciente para muitos em favor da tese extensiva, já que a competência para todos os investimentos ficou sendo, implicitamente, o limite máximo da competência do Centro²⁸.

A principal condição de competência (ou jurisdição) do CIRDI é o consentimento, que tem um caráter duplamente voluntário: não só seus membros são livres para juntar-se ao procedimento mas, mesmo depois de o terem feito, são livres para decidir utilizar ou não das dependências do CIRDI, por meio da aceitação, por escrito, de sua jurisdição.

“O consentimento, apesar de não ser suficiente para definir a jurisdição do Centro, funciona como chave interpretativa para todo o sistema instituído pela Convenção, principalmente para as questões envolvendo a delimitação da jurisdição em matéria e em razão da pessoa”.²⁹

Justamente em razão de tal voluntariedade, logo no início das discussões realizadas, quando dos trabalhos preparatórios da Convenção, não houve acordo sobre a exata definição da jurisdição do Centro. Isso porque, à época, era defendido que referida precisão não seria necessária, já que a utilização dos serviços do CIRDI era de caráter opcional.

Diante disso, alguns países, especialmente aqueles em fase de desenvolvimento e, portanto, os mais prováveis de receberem investimentos estrangeiros, foram contra à imprecisão da descrição das atividades a serem realizadas pelo CIRDI.

Isso se deu em razão do temor de que a retificação da Convenção representasse uma expectativa de adesão à jurisdição do Centro, o que acabaria por

²⁸ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 235

²⁹ BROCHES, Aron. *The Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*. Recueil des Cour, 1973, p. 331-410.

pressioná-los a darem o seu consentimento nos casos concretos, já que, para tais países, quanto mais precisa fosse a jurisdição do Centro, mais perto se estaria de um resultado satisfatório nas discussões³⁰.

Atualmente, podemos afirmar que, ao permitir que a arbitragem seja o meio apto a solucionar as controvérsias, o Estado receptor atrai a atenção daquele ente interessado em investir, já que o investidor não precisaria mais se preocupar em depender do judiciário local para a solução de possíveis controvérsias, uma vez que existe forte receio de que este mesmo judiciário possa exercer certa parcialidade em favor de seu Estado.

Além de consentir expressamente, as partes envolvidas na situação – investidor e Estado receptor do investimento – devem manifestar a sua anuência em levar o caso ao CIRDI de modo escrito. Referida exigência está contida no art. 25 da Convenção de Washington, devendo ser demonstrado no momento da solicitação a ser feita perante o CIRDI.

Os diretores executivos do Banco Mundial, nas notas explicativas enviadas aos governos juntamente com o texto final da Convenção para aprovação, assinatura e ratificação, optaram por comentar o art. 25 da seguinte forma:

“[...] O consentimento pode dar-se, por exemplo, em cláusulas de um contrato de investimento que trate das controvérsias futuras que possam surgir desse contrato, ou num compromisso entre as partes a respeito de uma disputa já em curso. A Convenção tampouco exige que o consentimento de ambas as partes conste de um mesmo instrumento. Assim, um Estado receptor poderá oferecer em sua legislação sobre promoção e proteção de investimentos, submeter uma categoria específica de investimentos à jurisdição do Centro e o investidor pode prestar o seu consentimento escrito a essa oferta”³¹

³⁰ SCHEREUER, Christoph H. *The ICSID convention: a commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 101.

³¹ Notas explicativas – Disponível em www.worldbank.org/CIRDI/documents.htm

A partir da leitura do art. 25 e dos comentários em relação à ele, é possível afirmar que as matérias possíveis de serem analisadas pelo CIRDI devem responder a um critério tríptico³²: (i) a efetiva existência de uma disputa jurídica; (ii) a causa da disputa decorrer exclusivamente de uma transação envolvendo entes internacionais; e (iii) que tal transação possa ser qualificada como investimento.

Ao observarmos os requisitos elencados acima, é possível concluir, portanto, que mesmo que o Estado receptor do investimento seja signatário da Convenção, isso não significa que ele estará necessariamente sujeito a que se inicie um procedimento no CIRDI, já que a matéria analisada pelo tribunal, necessariamente, deverá obedecer a todos os requisitos elencados no art. 25 da Convenção.

O consentimento em um instrumento bilateral firmado entre as partes pode ser tanto a clausula compromissória contida em um contrato de investimento, a qual prevê que futuras disputas oriundas de investimento serão remetidas ao CIRDI, como pode ser também por meio de um compromisso firmado entre investidor estrangeiro e Estado receptor, após a constatação da existência de um conflito específico entre as partes.

Quando o consentimento se dá por meio da legislação interna de um Estado, estamos diante de uma forma de consentimento unilateral, dada pelo Estado receptor do investimento. Dado o caráter unilateral, em um primeiro momento constitui apenas uma oferta, que se tornará vinculante somente se o investidor estrangeiro a aceitar no futuro.

Portanto, pode-se afirmar o seguinte: no momento em que o Estado dá o consentimento em uma lei nacional ou em um tratado internacional, existe a abertura de uma oferta, que poderá ser aceita pelo investidor a qualquer tempo. Deste modo, a revogação ou modificação dos dispositivos legais antes da submissão, mas depois do consentimento, seria inócua, pois coberta pelo consentimento previamente dado pelo Estado³³.

³² SCHEREUER, Christoph H. The ICSID convention: a commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 99.

³³ SCHEREUER, Christoph H. The ICSID convention: a commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 100-101.

Relacionado ao momento do consentimento, a Convenção exige que seja prévio à solicitação da conciliação ou arbitragem. Nas notas explicativas à Convenção, está disposto que “o Consentimento das partes deve existir no momento em que se apresenta a solicitação ao Centro”³⁴. O que significa que a parte que solicita a instauração do procedimento já deve ter manifestado seu consentimento previamente.

1.3.2.1. Competência em razão da matéria (*ratione materiae*)

A jurisdição do Centro não é ampla, mas limitada a controvérsias legais, surgidas diretamente de um investimento. Lembrando que nenhum dos dois temas centrais que delimitam referida jurisdição tem sua definição específica na Convenção de Washington.

Por controvérsias legais entende-se que, quando nos atemos às disputas relevantes, entende-se, por consequência, que estão fora do alcance do CIRDI os meros desentendimentos e conflitos de interesse. Nesse sentido, temos a seguinte redação trazida pelo art. 36 da Convenção:

“[...] a controvérsia deve se referir à existência ou alcance de um direito ou de uma obrigação legal, ou à natureza ou extensão da reparação a ser feita por violação de uma obrigação legal”³⁵

Sobre o assunto, George Delaume esclarece que:

“[...] conflitos de interesse entre as partes que envolvam o desejo de renegociar todo o acordo ou alguns dos seus termos... ou disputas factuais, como as concernentes à contabilidade ou investigações de questões de fato... normalmente estariam fora do alcance da convenção”³⁶.

Embora fundamental à implementação da Convenção, não se chegou a um consenso sobre a definição de investimentos. Ao se considerar, porém, o requisito essencial do consentimento das partes para a ativação da Convenção e, igualmente,

³⁴ Notas explicativas – Disponível em www.worldbank.org/CIRDI/documents.htm

³⁵ Notas explicativas – Disponível em www.worldbank.org/CIRDI/documents.htm

³⁶ DELAUME, G. ICSID arbitration: practical considerations. J. Int'l Arb., n. 101, 1984. P. 101-102.

a permissão dada aos Estados para notificar o Centro das classes de disputas que poderão ser submetidas a sua jurisdição (art. 25, IV), tem-se que a não-definição de investimento confere uma maior flexibilidade ao Centro e permite sua adequação à evolução de novas formas de associação entre Estados e investidores estrangeiros.

Por outro lado, a estipulação pelas partes, no instrumento de consentimento, de que a transação específica entre elas constitui um investimento para fins da Convenção geralmente é aceita pelos tribunais do CIRDI, a não ser que a disputa esteja manifestamente fora do alcance da Convenção, quando o próprio Secretário-Geral, no uso das atribuições que lhes são concedidas pelo parágrafo III do art. 28 da Convenção, recusará o registro do requerimento de conciliação ou arbitragem.

A *ratione materiae*, portanto, exige duas condições, a primeira delas é a de que apenas controvérsias jurídicas podem ser submetidas ao escrutínio do Centro, o que significa que não basta haver um simples conflito entre duas partes, mas é necessário que tal conflito seja decorrente de questionamentos envolvendo a existência ou o alcance de obrigações e direitos, sendo excluídas as hipóteses envolvendo apenas razões políticas ou econômicas.

Tratando do primeiro ponto, podemos afirmar que a controvérsia jurídica exclui simples conflitos de interesse entre as partes, como a vontade de renegociar o acordo ou disputas factuais concernentes à contabilidade, por exemplo. O conflito deve envolver a existência ou alcance de direitos e obrigações, ou medidas de reparação de uma violação já ocorrida, e não razões exclusivamente políticas ou econômico-comerciais.

Caso contrário, um investidor poderia interferir em decisões políticas do Estado receptor do investimento, o que até mesmo representaria uma violação da soberania desse Estado.

Em segundo lugar, conforme será analisado mais detalhadamente no segundo capítulo do presente trabalho, diz respeito ao conceito de investimento, já que, pela regra, apenas as controvérsias que tratem exclusivamente de litígios envolvendo investimento podem ser submetidas ao CIRDI.

Também conforme será melhor discutido no segundo capítulo, a conceituação de investimento, para que o litígio seja apto a ser dirimido no âmbito do CIRDI, deve ser aferido à luz das regras dispostas na Convenção de Washington e à própria prática do CIRDI, apenas dessa forma o requisito *ratione materiae* será cumprido.

Entretanto, especificamente sobre a conceituação de investimento, existe um potencial problema: quando das negociações para elaboração das regras da Convenção de Washington, os Estados partes não chegaram a um consenso preciso sobre a definição de investimento. Como resultado disso, optou-se por não inserir um conceito de investimento no texto da Convenção, de modo a permitir que os tribunais do CIRDI analisem se a situação em exame consiste ou não em um investimento, segundo os princípios e regras aceitos internacionalmente.

O que se depreende dessa discussão a respeito da definição dos limites materiais a serem dados à jurisdição do CIRDI, é que a intenção dos seus colaboradores era tornar esses limites bastante fluidos, a fim de que o texto da Convenção fosse aceito pelo maior numero de Estados possível e adaptável a um grande número de situações.

Além disso, deixar sob a responsabilidade das partes contratantes a precisão dos limites da jurisdição do Centro, significa exaltar ainda mais o caráter consensual da jurisdição dessa organização, permitindo sua adequação à evolução de novas formas de associação entre Estados e investidores estrangeiros, o que possibilita maior credibilidade ao Centro, de modo a evitar possíveis críticas relacionadas à corrosão da soberania de jurisdição estatal.

1.3.2.2. Competência em razão da pessoa (*ratione personae*)

De acordo com um dos princípios basilares do Direito Internacional, uma Convenção, qualquer que seja, só é válida perante os Estados que dela fazem parte. Logo, para um Estado agir e ser provocado pelo sistema instituído pela Convenção de Washington, é necessário que tenha assinado e ratificado as normas que instituíram o CIRDI.

Além disso, o Centro apresenta limitações relacionadas à qualidade das partes: conforme dispõe o art. 25 da Convenção, uma das partes deve ser um Estado – ou subdivisão política desse Estado ou sua agência – e a outra deve ser uma pessoa física ou jurídica de nacionalidade de um dos Estados Contratantes, mas diferente do Estado litigante.

Estão, portanto, excluídas da jurisdição do Centro disputas entre Estados e disputas somente entre particulares. Tampouco é necessário que a empresa, nacional de outro Estado-parte, seja totalmente de capital privado: a combinação de capitais privados e estatais não a desqualifica como parte legítima sob a Convenção.

A nacionalidade da pessoa jurídica é determinada pelo critério do lugar do seu registro ou pelo local da sede social ou ainda, conforme a última parte do art. 25, II, b, pelo acordo entre o Estado litigante e a empresa estrangeira, a qual, apesar de ter nacionalidade do Estado litigante, esteja sob controle estrangeiro, pelo Estado receptor, de conduzir seus negócios por intermédio de uma empresa formada sob suas leis.

A delimitação da jurisdição do CIRDI em razão da pessoa é baseada no caráter das partes envolvidas na disputa. Portanto, nesse sentido, deve ser enfatizado que a Convenção de Washington tem, desde o início de sua elaboração, o intuito de abordar amplamente a definição de “nacional de outro Estado”, sendo que um nacional de outro Estado pode ser uma pessoa física, que tenha nacionalidade de um Estado contratante, ou uma pessoa jurídica.

Desse modo, por nacional de outro Estado, segundo o art. 25, entende-se qualquer pessoa física ou jurídica, desde que investidora e nacional de outro Estado Contratante.

A regra geral é de que as controvérsias submetidas ao CIRDI são necessárias a resolver conflitos entre um Estado-parte da Convenção de Washington e um ente (pessoa física ou jurídica) nacional de outro Estado-parte, ressalvada a utilização do mecanismo complementar, que será descrito posteriormente.

Quanto às pessoas físicas, não surgem grandes dúvidas para determinar sua nacionalidade, ainda que se trate de caso de mudança de nacionalidade ou múltiplas nacionalidades. Sabe-se que o critério basilar é o da nacionalidade, que deve existir no momento em que foi dado o consentimento e quando se efetiva a submissão à arbitragem ou conciliação, não importando o local do domicílio ou residência da pessoa³⁷.

A pessoa natural tem sua nacionalidade determinada pela lei interna do Estado Contratante e, uma vez cumpridos os requisitos internos, tem-se caracterizada a nacionalidade. Vale observar que o artigo 25 determina que, em casos de múltiplas nacionalidades, a pessoa natural não poderá ter a nacionalidade do Estado que é outra parte na controvérsia.

No que diz respeito às pessoas jurídicas, há algumas observações importantes para determinação de sua nacionalidade, para fins de jurisdição do CIRDI. A prática do tribunal apontou para dois critérios predominantes para essa definição, sendo eles: (i) o lugar de sua constituição; e (ii) o local do domicílio ou da sede social.

Pode-se afirmar que o conceito de pessoas jurídicas inclui não somente as corporações estrangeiras ou entidades jurídicas privadas, mas também empresas “com capital estatal, ou mesmo controlada integralmente por um Estado estrangeiro, desde que não exerça função pública ou represente o governo”³⁸.

³⁷ DOLZER, Rudolf; SCHEREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 237.

³⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. P. 207.

Com relação à nacionalidade da empresa, é necessário que sua nacionalidade seja diferente da nacionalidade do Estado receptor do investimento. Portanto, a nacionalidade da pessoa jurídica será determinada pelo critério do local de seu registro, pelo lugar de sua sede social, ou então, conforme determinação do art. 25 da Convenção, poderá ser determinada por meio de acordo entre o Estado receptor do investimento e o investidor, que apesar de possuir nacionalidade do Estado litigante. Caso a empresa apresente mais de uma nacionalidade é necessário que pelo menos uma delas seja de um Estado receptor do investimento, desde que distinta do Estado presente no outro polo da controvérsia.

Sobre tal determinação, Celso de Tarso Pereira justifica da seguinte forma:

“[...] pela condição imposta muitas vezes ao investidor estrangeiro, pelo Estado receptor, de conduzir seus negócios por intermédio de uma empresa formada sob suas leis. Se não se fizesse exceção ao caso de empresas sob controle estrangeiro, mas registradas no Estado receptor, uma importante esfera de investimentos não seria abrangida pela Convenção”³⁹

Trata-se de um exemplo interessante de como a Lei leva em consideração a realidade econômica de cada Estado, já que é comum que o Estado receptor do investimento exija que o Estado investidor constitua uma sociedade no país em que se realizará o investimento, o que configuraria, portanto, uma sociedade formada sob suas leis.

Formalmente, essa sociedade tem a nacionalidade do Estado receptor, bem como seu principal domicílio no país. Contudo, opera sob total controle estrangeiro. Para fins de submissão de controvérsias ao CIRDI, será considerada como se tivesse a nacionalidade de um outro Estado-parte, tendo em vista que nacionais deste outro Estado-parte exercem o controle da sociedade.

³⁹ PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID). Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 35, n. 40, p. 87-93, out/dez. 1998, p. 90.

Observa-se, portanto, que o CIRDÍ não questiona a importância dos investimentos externos para os países em desenvolvimento, nem o papel da arbitragem mista internacional na solução pacífica de controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros. Como pudemos observar, nem todos os investimentos são produtivos e merecem ser protegidos, assim como nenhuma norma institucional é fixa no tempo e no espaço; elas se ajustam conforme a necessidade e a evolução das controvérsias.

1.3.3. Instauração do Procedimento Arbitral

A arbitragem mista administrada pelo CIRDÍ está submetida a regras procedimentais dispostas na Convenção de Washington e nas Regras de Iniciação do Procedimento (RI) e Regras Processuais aplicáveis à arbitragem (RP), elaboradas pelo conselho administrativo da organização, a fim de complementar as disposições da Convenção.

O procedimento arbitral no CIRDÍ inicia-se com uma requisição por escrito de arbitragem pela parte demandante, que deverá conter, além da identificação das partes, também o consentimento escrito. Referida requisição será encaminhada ao Secretário Geral, que a aprovará e, posteriormente, enviará uma cópia à parte demandada.

Portanto, para a instauração do procedimento arbitral, a Convenção de Washington determina que o investidor estrangeiro remeta um requerimento, por escrito, ao secretário-geral, indicando o objeto da controvérsia, a identificação das partes em disputa e a comprovação do consentimento de ambas à arbitragem. O secretário, então, realizará o registro do requerimento, salvo se considerar que a disputa está manifestamente fora do CIRDÍ.

A atuação do tribunal arbitral é direcionada pelo princípio da competência-competência, em que o próprio árbitro é o competente para julgar se está apto ou não a julgar determinada controvérsia, sem que seja necessário recorrer a autoridades judiciais diversas. Tal fato caracteriza a autonomia do sistema instituído pela Convenção de Washington, uma vez que fixa o entendimento da não interferência dos Tribunais locais.

O procedimento arbitral encontra-se descrito no Cap. IV da Convenção de Washington, que contém 20 artigos. A regra primordial do procedimento arbitral do sistema CIRDÍ é aquela do art. 44 da Convenção de Washington, que tem a seguinte redação:

“Qualquer processo de arbitragem deverá ser conduzido em conformidade com as disposições da presente seção e, exceto se as partes acordarem diferentemente, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem em vigor na data em que as partes consentirem na arbitragem. Se surgir qualquer questão de índole processual não prevista pela presente seção ou pelo Regulamento de Arbitragem ou quaisquer outras regras acordadas entre as partes, será a mesma devolvida pelo tribunal”. (tradução livre)

O art. 42 da Convenção dispõe sobre a Lei aplicável, estabelecendo ampla liberdade para as partes em relação à indicação da Lei material, tanto a lei nacional, quanto a internacional. Um ponto de atenção refere-se às Leis nacionais do Estado receptor do investimento que, por eventual instabilidade interna, pode vir a modificá-las, o que remete ao receio de certa insegurança jurídica.

Em razão disso, muitos contratos apresentam um mecanismo denominado “cláusula de estabilização”, que prevê o congelamento das disposições legais estabelecidas à época da celebração do contrato. Desse modo, tem-se que a indicação da Lei aplicável não configuraria um risco para o investidor⁴⁰. Caso a Lei aplicável não seja definida, o tribunal arbitral aplicará as normas internacionais cabíveis e o direito do Estado parte na controvérsia, o que inclui suas regras sobre conflitos de Leis.

As partes podem transigir sobre regras processuais, específicas para o caso concreto, que se sobrepõem àquelas existentes no sistema CIRDÍ. No caso de não terem decidido sobre isso anteriormente, a primeira audiência do tribunal é a

⁴⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010. P. 220.

oportunidade para estabelecer tais regras e, caso não exista consenso nesse sentido, o tribunal deverá aplicar o direito do Estado contratante que é parte na disputa, bem como os princípios de direito internacional existentes na matéria em questão.

Sendo assim, conclui-se que o procedimento arbitral no âmbito dos litígios que envolvem investimentos também pode ser flexível, assim como o é na arbitragem comercial. A presença de um ente estatal não impede que as partes possam dispor ou delegar a um terceiro a criação de um procedimento arbitral mais adequado às especificidades do caso concreto.

1.3.4. Caráter Obrigatório do Laudo Arbitral

A grande diferença do CIRDI para as demais formas de arbitragem reside justamente no fato de que se trata de um sistema fundamentalmente internacional. A arbitragem realizada de acordo com as regras do CIRDI é um exemplo de procedimento arbitral governado apenas por regras internacionais, não submetido às previsões de qualquer lei nacional de arbitragem, em especial as sentenças proferidas no âmbito do Tribunal que não são submetidas à análise dos Tribunais locais.

Portanto, pode-se dizer que o sistema CIRDI foi criado para garantir às partes o máximo de autonomia com relação às cortes nacionais, o que não deve significar a completa falta de participação de referidos órgãos quando se trata do procedimento de execução da sentença.

Visando, portanto, a autonomia das partes, de acordo com Daniel Tavares Luís⁴¹:

“[...] o art. 53 da Convenção de Washington estabelece os três princípios fundamentais de uma sentença arbitral proferida no âmbito do CIRDI: (i) ela é final e possui efeito *res judicata*, isto é, as partes não podem buscar remédio alternativo para a mesma disputa em outro foro; (ii) ela não está sujeita a qualquer controle externo, pois todos os recursos possíveis estão previstos

⁴¹ TAVELA LUÍS, DANIEL. Proteção do Investimento Estrangeiro: O Sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p.85.

exaustiva e taxativamente na Convenção de Washigton, e (iii) ela é vinculante e seu descumprimento deve ser caracterizado como violação de uma obrigação legal, de cunho internacional”.

Uma das características que mais destacam a arbitragem do CIRDI em relação a qualquer outro tipo de arbitragem é a total independência de seu procedimento e, com relação aos laudos arbitrais, isso também não poderia ser diferente. Nesse sentido, a Convenção de Washington estabelece o princípio da eficácia automática das sentenças dentro dos ordenamentos dos países signatários.

Em termos gerais, portanto, a Convenção de Washington proíbe a interferência do juiz nacional no laudo arbitral proferido no âmbito do CIRDI. Pode-se dizer que a Convenção coloca fim aos problemas que surgiam na fase de reconhecimento de sentenças estrangeiras, já que não admite qualquer hipótese de recusa ao reconhecimento dos laudos arbitrais, sendo este procedimento realizado de maneira automática.

A Convenção de Washington possui dispositivos estratégicos que a tornam cada vez mais eficiente e segura aos investidores, isso porque tais dispositivos foram pensados para que as decisões proferidas no âmbito do CIRDI surtam o efeito prático pretendido. Nesse sentido, pode-se observar o que dispõe o art. 53 da Convenção, que impede que a decisão do CIRDI seja contestada por tribunais locais dos Estados onde se pretende reconhecer e executar o laudo arbitral.

Nas palavras de Flávio Barbosa⁴², o não cumprimento do disposto no art. 53 da Convenção será considerado como violação de uma obrigação internacional:

“[...] Mas a principal vantagem desta regra, se comparada com a NYC, é que a não conformidade com uma sentença ICSID deverá ser considerada como uma violação de uma obrigação internacional, sujeito a responsabilidade internacional[...]”.

⁴² BARBOSA, Flávio Spaccaquerche, The Enforcement of International Arbitral Award: is There a Batter Way? P. 22, *In* RBA n°21- Jan/Mar/2008.

Portanto, a obrigação de cumprir com a sentença é, no que diz respeito ao Estado, uma obrigação de um ente internacional perante disposições de um tratado. Já para o particular, consiste em uma obrigação oriunda da convenção arbitral que foi livremente ratificada quando do início da elaboração do contrato de investimento.

Sendo assim, podemos afirmar que o não cumprimento da sentença pode ser entendido como um inadimplemento não somente de uma obrigação travada entre as partes, mas – muito mais grave – de um tratado internacional com relação a todos os outros Estados contratantes, incluindo aquele Estado do qual o investidor é nacional.

Tal impossibilidade de recusa conferida aos laudos do CIRDI, além de conferir total credibilidade aos julgamentos, também configura um sinal muito positivo aos investidores que estão procurando justamente esse tipo de segurança para eventuais litígios que possam ocorrer em suas empreitadas. O tratamento específico que a Convenção de Washington conferiu aos laudos arbitrais coloca fim aos potenciais problemas que poderiam surgir na fase de execução das sentenças.

Sendo assim, a Convenção de Washington é clara ao dispor que todos os Estados signatários devem reconhecer e executar as sentenças arbitrais do CIRDI como se fossem julgamentos definitivos proferidos dentro de seu próprio território. Tal disposição está prevista no art. 54, §1º da Convenção:

“Cada Estado Contratante reconhecerá uma sentença proferida em conformidade com a presente Convenção como vinculativa e executará as obrigações pecuniárias impostas por essa sentença em seus territórios como se fosse uma sentença final de um tribunal nesse Estado. Um Estado Contratante com uma constituição federal pode executar tal sentença em ou através de seus tribunais federais e pode estabelecer que tais tribunais tratem a sentença como se fosse um julgamento final dos tribunais de um estado constituinte”⁴³.

⁴³Consulta realizada em 28/10/2019:

<<https://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/#targetText=Convention%20On%20The%20Settlement%20Of%20Investm>

O efeito *res judicata* atribuído à sentença arbitral significa, basicamente, que qualquer das partes – sendo signatárias da Convenção de Washington – estão impedidas de recorrer a outro foro, seja internacional ou nacional, apresentando os mesmos fatos já discutidos no âmbito do CIRDI. Portanto, de acordo com a inteligência do §1º do art. 54 da Convenção, todos os Estados signatários estão obrigados a reconhecer e executar as sentenças arbitrais do CIRDI como se fossem julgamentos proferidos dentro de seu próprio território.

Assim, a sentença tem caráter obrigatório para as partes, não podendo ser contestada nas cortes nacionais. Recursos são admitidos apenas dentro do próprio sistema CIRDI e devem ser apenas aqueles previstos na Convenção (conforme disposto no art. 52). Em caso de não haver qualquer recurso, o processo para o reconhecimento de uma sentença proferida no âmbito do CIRDI é simples: basta apresentar sua cópia certificada aos tribunais internos.

Nem todos os Estados que aderiram à Convenção de Washington designaram a entidade executante dos laudos e, mesmo para os Estados que indicaram pode ocorrer de não cumprirem a sentença de forma voluntária, resguardando-se por intermédio da imunidade de execução, prevista no art. 55 da Convenção.

Nesse sentido, das previsões que podem conter as legislações internas sobre o procedimento de execução de sentenças contra Estados estrangeiros, a mais marcante é a imunidade de execução. O art. 55 da Convenção admite expressamente o emprego de referida imunidade quando ela é prevista pelo direito nacional.

Referida imunidade impossibilita a execução dos bens do Estado estrangeiro, representando assim, um possível obstáculo à satisfação dos direitos do credor aparentemente intransponível. Entretanto, ao longo dos anos, tal imunidade foi relativizada, na medida em que as relações entre particulares e Estado foram se estreitando e, em razão disso, as leis internas e a jurisprudência também foram aos poucos se modificando e o princípio de imunidade de execução deixou de ser absoluto quando os bens estatais têm uma destinação privada ou comercial.

[ent%20Disputes%20Between%20States%20And,%3A%20March%2018%2C%201965%2C%20Washington>](#)

Por fim, vale destacar que uma sentença proferida no âmbito da Convenção de Washington deverá estar sujeita a limitações impostas unicamente pelas disposições da própria Convenção. E, considerando que no âmbito do CIRDI não são elencadas hipóteses nas quais poderá ser negado o reconhecimento da sentença advinda de uma arbitragem de investimento, o procedimento de reconhecimento deste laudo arbitral deve ser automático, como dispõem Mcilwrath e Savage:

“As sentenças ICSID são mais executáveis? Uma sentença ICSID, devido às poderosas provisões de execução da Convenção ICSID, é um título significativamente mais executável mundialmente que uma sentença proferida em uma arbitragem comercial internacional comum. Isto é confirmado, talvez, pelo alto registro de perdedores em sentenças ICSID, que são principalmente Estados, cumprindo voluntariamente as sentenças ICSID, uma razão pra isso é certamente que eles avaliam suas chances de sucesso como baixas ao resistir à execução; outra razão pode ser que eles não desejam ser vistos pela comunidade internacional e pelo Banco Mundial, como tendo falhado em cumprir com uma sentença com um carimbo do Banco Mundial”⁴⁴

Portanto, para que os Estados signatários não confirmem o caráter de inutilidade aos laudos arbitrais proferidos no âmbito do CIRDI, todos os Estado parte são obrigados a reconhecer as sentenças e assegurar sua execução, como se fossem ordens proferidas de seus tribunais internos. Desrespeitar tal obrigação pode incorrer em sanções aos Estados, incluindo eventuais medidas de proteção diplomática e até a possibilidade que o Estado de origem do investidor leve a disputa à Corte Internacional de Justiça (CIJ).

⁴⁴ MCILWRATH, Michael; SAVAGE, John. International Arbitration and Mediation: A practical guide, p. 394.

CAPÍTULO II

2. DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

2.1. O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL

Sabe-se que o Investimento Estrangeiro Direto (IED) está diretamente ligado ao desenvolvimento econômico em uma escala global e que o estudo desse tema foi responsável pela evolução do Direito Internacional Econômico, inclusive no que diz respeito à constituição de novos paradigmas que inovaram, tanto o Direito Internacional, mas também o Direito Comercial.

Assim podemos dizer que, os IED representam uma parte da história da humanidade, mas a sua importância econômica, social e política se tornou crescente nos últimos séculos. Sobre o tema, cita-se Daniel Tavela Luís:

“O investimento estrangeiro direto é uma variável fundamental para o desenvolvimento de um país. Não é de hoje que as estatísticas mostram o papel crescente que o IED tem tido para o desenvolvimento econômico nacional de diversos países e, sobretudo, para o processo de globalização da economia mundial”⁴⁵.

Podemos destacar duas premissas que são os pilares do crescimento da circulação de investimentos internacionais: instituições públicas fortalecidas e que possuam suas regras claramente definidas⁴⁶. Com base nesses dois pilares, portanto, o Banco Mundial elaborou diretivas que auxiliassem os países na promoção e proteção dos investimentos estrangeiros.

Dentre as orientações principais, podemos destacar aquelas direcionadas ao tratamento do investidor estrangeiro que, basicamente, deve seguir a lógica do tratamento dado aos nacionais do Estado, de modo a garantir a total proteção e segurança aos ativos e, também, a orientação para que os litígios decorrentes dos

⁴⁵ TAVELA LUÍS, Daniel. *Proteção do Investimento Estrangeiro: O Sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e Suas Alternativas* – Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 23-24.

⁴⁶ CHANG, Ha-Joon. *Globalization, Economic Development and the Role of the State*. Cap. 9, p. 249.

investimentos devem ser resolvidos por meio de arbitragem investidor-Estado, dando-se preferência ao CIRDI.

Nesse sentido, é preciso estabelecer a noção de investimento estrangeiro utilizada no âmbito da Convenção de Washington, já que, de acordo com o Banco Mundial, o CIRDI configura o principal órgão de solução de controvérsias relacionadas aos investimentos

Durante a elaboração da Convenção de Washington foram feitas muitas sugestões para que se chegasse a uma certa definição sobre o conceito do investimento, que seria objeto das controvérsias internacionais a serem dirimidas no âmbito do CIRDI. Ocorre que todas as sugestões apresentadas não agradaram às exigências dos países sobre a natureza da transação a ser submetida à jurisdição do Centro.

Sendo assim, o texto da Convenção de Washington, deliberadamente, não traz definições sobre o que se entende por investimento, já que, à época de sua elaboração o Banco Mundial considerou – acertadamente – que o conceito de investimento mudaria ao longo dos tempos e se aperfeiçoaria conforme fossem surgindo novas demandas no âmbito do CIRDI e, conseqüentemente, que a atuação dos tribunais arbitrais naturalmente levaria ao estabelecimento de um conceito.

Essa opção pareceu muito acertada, já que, além de corroborar com o caráter voluntário e consensual da Convenção, permitiu uma maior abertura de seu âmbito de aplicação, já que cada parte, quando da elaboração dos acordos para investimento, poderia definir a noção de investimento em cada situação particular. Nesse sentido, conclui-se que:

“A falta de precisão terminológica foi justificada, uma vez que permitiu a acomodação da Convenção às novas modalidades de investimentos que estão surgindo ou que não eram conhecidos

no momento da preparação do seu texto na década de sessenta”⁴⁷.

Também nesse sentido, afirmou Aron Broches que:

“a opção pela não inclusão da definição de investimentos se coaduna com o consentimento para a submissão ao Centro, pois, se as partes estão de acordo em submeter uma disputa ao CIRDI, presume-se que o objeto da controvérsia se refere materialmente a um investimento. Assim, cabe às partes a delimitação da definição do sentido de investimento”.⁴⁸

Desse modo, ao longo dos anos, conforme já fora previsto, os tribunais arbitrais constituíram o que consideram investimento para fins da solução de controvérsias, conforme relato que segue:

“[...] a construção e funcionamento de hotéis, a produção de fibras e tecidos, a mineração, a construção de uma ala hospitalar, a exploração, a exploração e distribuição de produtos derivados do petróleo, a produção de garrafas plásticas, a construção e operação de uma fábrica de fertilizantes, a construção de conjuntos habitacionais, a operação de uma fábrica de algodão, fundição de alumínio, silvicultura, equipagem e operação de navios de pesca, a produção de armas, projetos de resorts voltados ao turismo, transporte marítimo de minério, projetos de combustíveis sintéticos, criações de camarão, operações bancárias, atividades agrícolas, a construção de um sistema de TV a cabo e a concessão de empréstimos”⁴⁹

⁴⁷ DELAUME, Georges R. *The ICSID and the banker. International Financial Law Review*, p. 9-13, 1983.

⁴⁸ PUCCI, Adriana Noemi. *A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p.247.

⁴⁹ HORNIC, Robert N. *The Mihaly Arbitration – Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID Jurisdiction*. Kluwer, v. 20, p. 191, 2003.

Após a consolidação do capitalismo, com o avanço crescente da globalização e o consequente intercâmbio entre os Estados – que vai desde pessoas até as mais avançadas tecnologias – as fronteiras ficaram cada vez mais estreitas, o que tornou o mundo um único grande mercado. Em razão disso, é sabido que cada vez mais as nações precisam receber investimentos externos para que alcancem o seu próprio desenvolvimento e possam oferecer melhores condições econômicas aos seus habitantes.

Tal fato se deve, principalmente, ao fenômeno da derrubada de fronteiras – ou, simplesmente, globalização – que possibilitou maior liberdade comercial, maior liberdade para investir capital e maior liberdade para estabelecer negócios em países estrangeiros⁵⁰, as nações passaram a depender cada vez mais de investimentos de diversos tipos para que, assim, pudessem acompanhar o acelerado desenvolvimento mundial.

Já que a definição específica de investimento estrangeiro varia conforme as tendências políticas e ideológicas existentes em determinado momento histórico, o que ocasiona justificável dificuldade em se obter uma única definição do que se entende por investimento estrangeiro⁵¹, o presente capítulo tem a função de tentar estabelecer um conceito, ainda que amplo, ao que podemos chamar de investimento para fins da aplicação da Convenção de Washington.

Inicialmente, conforme afirmado por Adriana Pucci, podemos entender o investimento estrangeiro da seguinte forma:

“A noção de investimento estrangeiro é de origem econômica e implica a afetação de bens de nacional de um país ao exercício

⁵⁰ Bernardo M. Cremades; David J.A. Cairns, *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Investment Disputes*, In: *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, p. 325.

⁵¹ PUCCI, Adriana Noemi. *A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

de uma atividade econômica de caráter duradouro e com o objetivo de lucro, a ser desenvolvida em país estrangeiro”⁵²

Sobre o mesmo tema, segundo Chesnais:

“O investimento estrangeiro consiste numa das três dimensões da internacionalização do capital. A primeira dessas dimensões é o intercâmbio comercial, a segunda, o investimento produtivo no exterior e a terceira, os fluxos de capital monetário ou financeiro. O investimento estrangeiro, portanto, possui qualitativos que o difere de simples comércio exterior, tais como a falta de liquidez imediata, a dimensão intertemporal e a transferência de direitos patrimoniais. O investimento estrangeiro contém um componente estratégico que se torna evidente nas mais variadas razões que determinam a decisão de investir”⁵³

Partindo da perspectiva dos direitos internos, cada Estado define o que entende por investimento estrangeiro, sendo que podemos distinguir dois métodos adotados pelos diversos ordenamentos jurídicos para definir o investimento estrangeiro: (i) o que recorre às características gerais dos investimentos; e (ii) o que contém a enumeração de bens específicos⁵⁴.

Pode-se dizer que a regulação jurídica do investimento estrangeiro está sujeita, em geral, ao ordenamento jurídico do Estado de origem do investidor; ao ordenamento jurídico do Estado receptor do investimento e, finalmente, às normas de Direito Internacional. A regulação interna dos investimentos pelos Estados varia conforme as políticas e ideologias adotadas por cada um deles. Com o Direito

⁵² PUCCI, Adriana Noemi. *A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p.25.

⁵³ CHESNAIS, François. *A mundialização do Capital*. São Paulo: Xamã, 1996, p. 51-53.

⁵⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no direito comparado brasileiro*. Porto Alegre, 1998, p.48.

Internacional, embora devesse tratar de maneira uniforme algumas questões, podemos observar também a mesma situação.

Considerando que não é possível definir o investimento estrangeiro apenas por um único entendimento, parece razoável utilizar uma definição comumente aceita por tribunais arbitrais em disputas relacionadas com a promoção dos investimentos estrangeiros, sendo possível, portanto é possível definir “investimento” por meio de 5 (cinco) características típicas: (i) certa duração do projeto de investimento; (ii) viabilidade financeira – regularidade de lucro e retorno financeiro; (iii) riscos que envolvam ambas as partes; (iv) envolvimento substancial e; (v) a operação deve ser de grande importância para o Estado receptor⁵⁵.

Por fim, para que qualquer demanda seja objeto de discussão no âmbito da Convenção de Washington, a definição de investimento deve ser compatível com os preceitos do sistema de regras do CIRDI, para que, assim o requisito *ratione materiae* seja cumprido. Nesse sentido, destaca-se a Gilberto Giusti e Adriano Drummond C. Trindade, acerca do assunto:

“A consequência é que, apesar de ser conferido um alto grau de subjetividade aos tribunais do ICSID, a ausência de um conceito definido e hermético de investimento propicia a evolução desse conceito ao longo do tempo. Dessa forma, admite-se a evolução do conceito de investimento de acordo com as práticas comerciais então vigentes, em vez de limitá-lo a um conceito estanque definido no bojo da Convenção de Washington, cuja alteração e modernização demandariam uma série de assinaturas e ratificações dos Estados-parte.”⁵⁶

A seguir, passaremos a explorar os enunciados dispostos, respectivamente, no direito internacional não convencional e convencional relacionados à questão dos investimentos estrangeiros.

⁵⁵ ESCOBAR, Alejandro A. Requirements Ratione Materiae, p. 14.

⁵⁶ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: A Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, RT, vol. 2, n. 7, out/nov 2005, p. 52.

2.1.1 As Fontes Jurídicas não Convencionais

Com o fenômeno da globalização econômica, os investimentos passaram a ser realizados além das fronteiras do Estado de origem, o que ocasionou uma série de mudanças nos padrões de produção – tais como: nova divisão do trabalho, união de mercados financeiros, o aumento da importância das empresas transnacionais e etc⁵⁷. – Todos esses fatores acabaram culminando na internacionalização das atividades das empresas e, com isso, o conceito de investimento também acabou se adaptando à esta nova realidade, conforme dispõe Luis Olavo Baptista:

“O conceito econômico de investimento não se restringe ao simples movimento de capitais, mas abrange, ainda, movimento de expansão da empresa adotado para assegurar a sua sobrevivência. Os investimentos diretos no exterior são, portanto, fluxo de capitais associado à tecnologias de produção e gestão, sob a forma de participação direta ou empréstimos a longo prazo para as subsidiárias”⁵⁸.

Diante da falta de definição do termo “investimento” pelo texto da Convenção de Washington, algumas referências de cunho econômico acabaram surgindo, a exemplo da noção de investimento fornecida pelo Manual da Balança de Pagamentos do FMI e pelo Código de Liberalização de Capitais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Consequentemente, esses órgãos utilizam a noção econômica tradicional reproduzida por documentos elaborados no âmbito de suas tratativas.

De acordo com o Fundo Monetário Internacional (FMI) os investimentos estrangeiros podem ser conceituados a partir de sua divisão em função da duração e dos objetivos, em dois tipos: (i) investimento externo direto; e (ii) carteira de investimentos. De acordo com a definição apresentada pelo Manual da Balança do FMI, o investimento externo direto pode ser conceituado como:

⁵⁷ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*, p.24.

⁵⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 27.

“Categoria do investimento internacional que reflete o objetivo de um residente (pessoa física ou jurídica) em um país em *interesse duradouro* em empresa situada em outro país ou economia. O interesse duradouro implica a existência de uma relação a longo prazo entre o investidor na gestão desta empresa. Além disso, o investimento direto inclui não só as transações iniciais, como também as transações entre investidor e empresa, e entre estes e empresas filiadas, incorporadas ou não”⁵⁹

Já para a OCDE, o investimento estrangeiro “tem a finalidade de estabelecer relações econômicas duradouras com quem se empreende por meio de investimentos que dão a possibilidade de exercitar a influência efetiva na administração. No caso do país receptor, quando não-residente realiza investimento por meio de: 1. criação ou extensão de uma empresa com capital próprio, subsidiária ou filial, ou ainda a aquisição total de propriedade de um empreendimento já existente; 2. participação em um empreendimento novo ou existente; 3. um empréstimo por cinco anos ou maior prazo”⁶⁰.

Vale ainda ressaltar que, nas décadas de 1960 e 1970, a doutrina passou a identificar um tipo de investimento diferenciado, que teria gerado um novo conceito de investimento internacional, para os fins econômicos. Esse novo tipo de investimento era realizado por meio de contratos de concessão e de exploração de recursos naturais celebrados entre investidores particulares e Estados com menor grau de desenvolvimento.

Os contratos desse tipo foram chamados de “acordos para o desenvolvimento econômico”, sendo constituídos sob a forma de empresas mistas (*joint-venture*) compostas por ações pertencentes tanto ao investidor quanto ao Estado receptor e acordos subsequentes de administração, execução e gerenciamento. De acordo com Adriana Noemi Pucci:

⁵⁹ Tradução livre – disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>

⁶⁰ Fonte: OCDE, 2012.

“O diferencial desse tipo de investimento seria a sua influência direta no desenvolvimento econômico do Estado receptor. Entretanto foi apontado que tal característica não era exclusiva dos investimentos na exploração de recursos naturais, não havendo qualquer razão para a configuração de uma categoria jurídica autônoma”⁶¹

Muito ainda se discute na doutrina sobre o que pode ser considerado investimento. De acordo com os ensinamentos de Bernadete de Figueiredo Dias, o conceito de investimento estaria diretamente ligado à uma análise econômica e, concomitantemente, da identificação do objetivo do instrumento internacional em que o investimento estaria inserido. Sendo assim, segundo ela, “a identificação de um conceito de investimento é dificultada pela multiplicidade de concepções decorrentes da proliferação das fontes internas e internacionais da matéria”⁶²

Portanto, em termos econômicos, segundo Bernadete de Figueiredo Dias, o investimento pode ser classificado como:

“fluxo de capitais associado a tecnologias de produção e gestão sob a forma de participação direta ou empréstimos a longo prazo para as subsidiárias (...). Com base nessa definição macroeconômica, podemos concluir que o investimento é a despesa efetuada com vistas a resultado futuro de lucro, ou seja, as empresas investem esperando que as receitas futuras sejam maiores que os custos do investimento”⁶³

Apesar de se mostrar útil para as intenções do investidor, a definição econômica de investimento não é juridicamente aceita pelos instrumentos que utilizam esse conceito para suas operações – a exemplo do próprio CIRD. Sendo assim,

⁶¹ ⁶¹ PUCI, Adriana Noemi. *A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p.28.

⁶² DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*, p. 24

⁶³ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*, p. 24

passaremos à análise das fontes jurídicas convencionais que tratam de definir o conceito de investimento.

2.1.2. As Fontes Jurídicas Convencionais

Conforme vem sendo abordado ao longo do presente trabalho, seja do ponto de vista da previsão normativa, ou no plano da aplicação da definição a um caso concreto, não é possível identificar nas diversas fontes do direito um conceito jurídico padrão de “investimento”. Isto porque não há nos tratados nem nos acordos internacionais uma definição clara desse conceito⁶⁴.

De acordo com os ensinamentos de Bernadete de Figueiredo Dias:

“O conceito jurídico de “investimento” é dificultado pela diversidade das fontes e pelos conceitos econômicos envolvidos nessa definição. É estabelecido em função do objeto e do objetivo do instrumento legal que os disciplina. Assim, não podemos afirmar a existência de um conceito jurídico padrão de “investimento”, porquanto este é estabelecido em cada instrumento legal que trata do tema, conforme os objetivos do Estado (no caso das regras de Direito Interno) ou das partes contratantes (Estados, no caso dos tratados, ou Estado e investidor, no caso dos contratos com o Estado)”⁶⁵.

As Convenções Internacionais e os acordos celebrados entre Estados, com a função precípua de encorajar os investidores a contratar nas mais diversificadas nações, acabam fixando algumas regras de proteção que garantem o tratamento nacional não discriminatório e, em razão disso, a definição de investimento nesses acordos é, em geral, extremamente ampla e seguida por um rol exemplificativo que engloba as mais variadas situações.

⁶⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*, p. 29.

⁶⁵ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*, p. 26

Nesse sentido, especialmente diante da falta de acordo entre os países sobre as regras substantivas que serem aplicáveis ao investimento⁶⁶, os diversos instrumentos de proteção ao investimento nos mostram uma tendência de se chegar a um conceito que possibilite uma maior aceitação por parte dos Estados. “É possível identificar ao menos três categorias de instrumentos destinados a regular os investimentos estrangeiros, conforme seus objetivos (i) permitir a livre circulação dos fatores de produção”; (ii) garantir a plena proteção dos investimentos; e (iii) promover os investimentos estrangeiros”⁶⁷.

Os instrumentos destinados a garantir a plena proteção dos investimentos visam criar um ambiente jurídico tutelado pelo Direito Internacional e capaz de assegurar a confiança dos investidores, por exemplo, após as sucessivas nacionalizações e expropriações promovidas por países em desenvolvimento.

Podemos ver como principal exemplo dessa referida tentativa de criar maior confiabilidade aos investidores a própria Convenção de Washington que, ao criar o CIRDI, não conferiu qualquer definição ao termo “investimento”, mas sim apenas determinou a jurisdição do Centro, a qual deverá se estender a qualquer disputa legal derivada de um investimento.

⁶⁶ ESCOBAR, *Alejandro A. Requirements Ratione Materiae*, p. 13-14.

⁶⁷ TAVELA LUÍS, DANIEL. *Proteção do Investimento Estrangeiro: O Sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p.55.

2.2. PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO – Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRI's)

Conforme abordado no primeiro capítulo do presente trabalho, muitas são as mudanças promovidas mundialmente pela globalização. Dentre elas, podemos destacar a empresa multinacional como a principal agente e força dinâmica da integração do comércio global e da produção⁶⁸.

Com a internacionalização de tais empresas, portanto, os riscos em investir em novos territórios passam a ser multiplicados, passando desde os comerciais, relativos às instabilidades no desenvolver das atividades econômicas, até os não comerciais, como no que concerne às instabilidades políticas, decisões arbitrárias e ações governamentais imprevisíveis⁶⁹, consubstanciadas em nacionalizações, expropriações e transferência de controle da propriedade estrangeira, sem compensação, ou, ainda, na obstrução na remessa de valores para os Estados de origem da atividade empresarial estrangeira⁷⁰.

De modo a prover uma estrutura jurídica que se demonstrasse mais protetiva e adequada às necessidades dos investidores no plano internacional, surge o Direito Internacional dos Investimentos. Dentre os principais suportes deste novo ramo do Direito, podemos identificar os Acordos de Promoção e Proteção de Investimento (“APPRI’s”), instrumentos jurídicos internacionais formados por uma gama de direitos e obrigações, engendrados inicialmente com a finalidade de proteger o investidor em território estrangeiro.

Podemos atribuir a origem dos APPRI's “ao século XVII, com o avanço dos Tratados de Amizade, Comércio e Navegação para a proteção de direitos de propriedade dos nacionais dos Estados envolvidos. Esses tratados detinham, dentre suas várias previsões, garantias de padrão de tratamento nacional e da nação mais favorecida ao nacional de uma das Partes que possuísse relações comerciais no

⁶⁸ FRIEDMAN, Thomas. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro, 2005, p. 18.

⁶⁹ ZIELGER, Andreas R.; GRATTON, Louis Phillipe. Investment assurance In: MUCHLINSKI, Peter. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford, 2008, p. 525.

⁷⁰ ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele. *A proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior* – Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015 – p.12-13

território da outra Parte, proteção à propriedade privada, o estabelecimento de comissões de reclamação e, até mesmo, disposições sobre segurança internacional”⁷¹.

Acordos para a promoção e a proteção de investimentos surgem com a preocupação de países exportadores de capital com a segurança dos seus investimentos externos⁷². A negociação, nos padrões atuais, de tais tipos de acordos teve início com a Alemanha, em 1959, por meio de um acordo entre Paquistão e Alemanha⁷³ país “que tivera os investimentos de seus nacionais e pessoas jurídicas expropriados em razão de sua derrota na II Guerra Mundial”⁷⁴.

Pode-se atribuir a proliferação de tais acordos em razão de uma conjuntura internacional na qual os países desenvolvidos começaram a praticar, de maneira, crescente, a apropriação de empresas estrangeiras com sede em seu território, os quais passaram a ser classificados como potenciais riscos para a realização de investimentos, por parte dos países receptores de investimentos – os chamados “riscos no comerciais”, expressão ainda utilizada nos acordos de proteção de investimento estudados atualmente⁷⁵.

Como visto nos capítulos anteriores do presente trabalho, a partir da proliferação das Convenções Internacionais houve uma necessidade iminente da criação de instrumentos que pudessem fornecer segurança àqueles que estariam dispostos a investir, sem que os Tratados e Convenções internacionais pudessem representar qualquer tipo de insegurança jurídica.

Os instrumentos destinados à promoção de investimentos, portanto, visam permitir a transferência de recursos dos países exportadores de capital para os aqueles Estados que serão os receptores dos investimentos, oferecendo ao investidor

⁷¹ BROWN, Chester. *Commentaries on selected model investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 3-6.

⁷² AZEVEDO, Deborah Bithiah de. *Os Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil* – Câmara dos Deputados, 2001, p. 3.

⁷³ SCANDIUCI FILHO, José Gilberto. *O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimento*, p. 278.

⁷⁴ GILABERTE, Kátia Godinho. *Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos. A evolução da política brasileira e perspectivas*. Ministério das Relações Exteriores - CAE. 1995, p. 9.

⁷⁵ AZEVEDO, Deborah Bithiah de. *Os Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil* – Câmara dos Deputados, 2001, p. 4.

garantias contra possíveis riscos políticos que seriam imputados em razão das tratativas com nações diversificadas. Como um dos principais exemplos, pode-se citar a Convenção de Seul, que criou a Agência Multilateral de Garantia aos Investimentos⁷⁶ e os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos.

Entretanto, é importante salientar que as disposições previstas nesses instrumentos regulatórios, por abrangerem temas amplos e sensíveis, envolvendo muitas vezes políticas públicas, produzem muitos impactos para os atores envolvidos. Nesse sentido, os APPRIs não tiveram adesão imediata de todos os Estados. Um dos motivos para tanto foi a rejeição altíssima dos países em desenvolvimento à interferência de capital estrangeiro na soberania dos países recém-independentes, os quais, durante as décadas de 1960 e 1970, haviam promovido uma onda de expropriações e nacionalizações contra os investidores ali instalados.

No entanto, tal comportamento foi aos poucos se modificando, especialmente considerando que tais nações em desenvolvimento passaram a depender cada vez mais da entrada de capital estrangeiro em seu território para reajustar suas economias que, até então estavam completamente dependentes de qualquer tipo de promoção e desenvolvimento de suas economias⁷⁷.

Os APPRIs podem ser classificados como aqueles elaborados entre dois Estados com o objetivo de encorajar, promover e proteger, de maneira recíproca, investimentos realizados no território de um destes Estados por empresas com sede ou operação no território do outro Estado-parte⁷⁸. De acordo com Scandiucci Filho, o objetivo de tal instrumento seria o de oferecer segurança jurídica por meio de um instrumento internacional:

“O objetivo dos acordos é oferecer, aos investidores e investimentos estrangeiros, algumas garantias e direitos legais, de modo a prevenir que atos administrativos da autoridade

⁷⁶ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*, p. 25-55.

⁷⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. The entry into force of bilateral investment treaties (BITs). New York, 2006, p.3.

⁷⁸ UNCTAD. *What are BITs?*

pública, alterações do ordenamento jurídico-legal ou decisões judiciais no âmbito doméstico possam trazer-lhes prejuízos financeiros ou frustração de expectativas dos negócios”⁷⁹.

O objetivo, portanto, dos APPRIs é, sobretudo, proteger os investimentos estrangeiros, limitando, segundo a Conselheira Katia Gilaberte, “o poder do Estado receptor nas questões afetas ao tratamento dos investimentos estrangeiros e evitar os chamados riscos “não comerciais”, ou políticos, por meio de dispositivos que asseguram ao investidor tratamento justo e equitativo, livre gestão e operação, além de livre transferência do capital investido, seus rendimentos e outras quantias associadas ao investimento. Ainda, eles impõem condições à adoção de medidas de nacionalização e desapropriação e, quando as admitem, obrigam ao pagamento de indenizações imediata, justa e adequada; e estabelecem mecanismos de solução de controvérsias entre o investidor e o Estado receptor do investimento, inclusive fora do âmbito da jurisdição local”⁸⁰.

Para Salacuse e Sullivan, os objetivos centrais dos APPRIs são: (i) o fomento das atividades ligadas aos investimentos; (ii) a proteção que se refere ao amparo ao investidor no caso de ações soberanas que possam interferir em seus direitos de propriedade ou no desenrolar de suas atividades em território estrangeiro; e (iii) a liberalização, que se propõe facilitar a entrada e a operação dos investimentos no Estado receptor⁸¹.

Da análise dos objetivos traçados pelos APPRIs, podemos considerar tais acordos como o principal instrumento de proteção de investimentos atualmente em vigor, sendo que abordam matérias relacionadas com: (i) a definição do termo “investimento” e escopo de aplicação; (ii) parâmetros e tratamento, e; (iii) mecanismos de resolução de conflitos⁸².

⁷⁹ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimento*, p. 281.

⁸⁰ GILABERTE, Kátia Godinho. *Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos. A evolução da política brasileira e perspectivas*. Ministério das Relações Exteriores - CAE. 1995, p. 11.

⁸¹ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. *Do bits really work? An evaluation of bilateral instruments treaties and their grand bargain*. Harvard International Law, Cambridge, v. 46, n.1, 2005.

⁸² UNCTAD. *Investment Instruments Online: UNCTAD Analysis of BITs*, p. 39.

Quando da elaboração do APPRIs entre dois estados, inicialmente é incluído no documento a interpretação sobre a definição a ser dada aos investimentos e de seu escopo de aplicação, sendo este pode ser considerado o elemento central na definição da política pública para a promoção e proteção de investimento de um Estado⁸³.

Conforme podemos apreender dos ensinamentos de Wei Dan, além da definição de investimento estrangeiro, os Acordos também abrangem:

“as condições para a entrada de investimento estrangeiro, as condições para a entrada de investimento estrangeiro no país anfitrião (mediante a cláusula de admissão ou o direito de estabelecimento), o tratamento para investidores estrangeiros (quer o tratamento de critério absoluto, através da cláusula do tratamento justo e equitativo, quer o tratamento de critério relativo, através das cláusulas de nação mais favorecida e de tratamento nacional), limites legais da expropriação e da nacionalização, bem como os padrões de indenização, a transferência (remessa) da titularidade dos investimentos estrangeiros (o capital e os lucros) e o mecanismo da solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e o Estado anfitrião sobre questões relativas a investimento”⁸⁴.

Portanto, o clima conflituoso das décadas anteriores entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento tem sido ligeiramente atenuado, uma vez que os pontos polêmicos nos acordos bilaterais – por exemplo, a definição de investimento, a noção de expropriação indireta e o critério do padrão mínimo do tratamento, o âmbito da intervenção ilegítima, o mecanismo da resolução de controvérsias e do respectivo recurso judicial, entre outros – estão sendo reapreciados e refletidos em alguns novos modelos de Acordos, nos quais os países desenvolvidos

⁸³ TAVELA LUÍS, Daniel. *Proteção do Investimento Estrangeiro: O Sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e Suas Alternativas* – Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 33.

⁸⁴ WEI DAN. *Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos: Práticas do Brasil e da China*, 2010, p. 159.

concordam em aceitar algumas exigências dos países em desenvolvimento, tendo em conta a necessidade da intervenção pública para o bem-estar social e o tratamento especial e diferenciado enquanto países em vias de desenvolvimento⁸⁵.

CAPÍTULO III

3. DA POSIÇÃO DO BRASIL DIANTE DAS ARBITRAGENS DE INVESTIMENTO

3.1. MOTIVOS QUE LEVARAM O BRASIL A NÃO RATIFICAR A CONVENÇÃO DE WASHINGTON – ANÁLISE DOS ASPECTOS HISTÓRICOS

Durante o século XIX as disputas entre investidores estrangeiros e Estados eram consideradas altamente politizadas, já que, frequentemente, envolviam assuntos relacionados à proteção diplomática⁸⁶. Nesse contexto, os Estados Unidos figuravam como forte defensor e utilizados da intervenção para fins de proteção diplomática, sob o argumento que os Estados têm o direito de proteger os seus nacionais, independente do local onde tenham sido lesados.⁸⁷

Em reação a tal conduta, os Estados costumeiramente receptores de investimento estrangeiro – aqueles considerados em desenvolvimento – passaram a aplicar em suas relações com investidores internacionais preceitos que defendiam a soberania territorial dos Estados, o tratamento nacional dos investidores estrangeiros, era representado por duas regras básicas: a sua sujeição às leis e à jurisdição do Estado no qual se investe e a abstenção na utilização da proteção diplomática por parte de seu Estado de origem⁸⁸.

Referidas atitudes funcionavam como escudo político e legal para defender a independência política e econômica dos países latino-americanos e a liberdade de regular seus próprios assuntos, o que também pode ser denominada como a “Doutrina

⁸⁵ WEI DAN. *Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos: Práticas do Brasil e da China*, 2010, p. 162.

⁸⁶ SHIHATA, Ibrahim F. I. Towards a great depolitization of investment disputes: the role of ICSID and MIGA. *ICSID Review – FILJ*, v. 1, n.1, 1986, p.1-25.

⁸⁷ MANNING-CABROL, Denise. The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors. *Law and Policy in International Business*, 1995, P. 1177.

⁸⁸ PETERS; SCHRIJVER, 1991, P. 1-3

Calvo”, que consistiu na doutrina política predominante na América Latina em relação à proteção de investimentos era de oposição à proteção internacional dos investidores.

Elaborada pelo argentino Carlos Calvo, em 1868, a Doutrina Calvo surgiu em reação aos abusos cometidos pelo exercício da proteção diplomática pelos Estados Unidos e Europa contra as nações latino americanas. Isto se deu em razão das exigências desproporcionais para a reparação dos prejuízos causados em benefício de seus investidores nacionais e em algumas ocasiões, tendo sido utilizadas, até mesmo, retaliações econômicas e medidas coercitivas para pressionar os países em desenvolvimento a arcar com as dívidas assumidas durante as negociações⁸⁹.

A Doutrina Calvo considerava que o exercício de proteção diplomática pelos Estados em favor de seus investidores representava uma ingerência nos assuntos domésticos do Estado receptor do investimento, uma vez que o investidor estrangeiro deveria estar sujeito apenas à legislação e a jurisdição do Estado receptor. De acordo com a Doutrina Calvo, o investidor estrangeiro tinha como dever submeter-se exclusivamente às leis do Estado receptor do investimento, cujas cortes judiciais devem ter jurisdição exclusiva sobre controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros realizados em seu território, devendo o Estado de origem do investidor se abster de qualquer forma de intervenção⁹⁰

Como salienta Marilda Rosário Ribeiro:

“A Doutrina Calvo tinha como premissa a igualdade jurídica entre nacionais e estrangeiros, pelo que os investidores estrangeiros deveriam seguir o direito interno do Estado receptor, em igualdade de condições aos nacionais daquele país, sem privilégios. Por esse motivo, os estrangeiros deveriam renunciar à proteção diplomática de seu Estado de origem e refutar a utilização de tribunais estrangeiros e arbitrais, visto que não

⁸⁹ CALVO, Carlos. *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*. Paris: Durand et Pedone-Lauriel.

⁹⁰ ROGERS, William D. *Of missionaries, fanatics and lawyers: some thoughts on investment disputes in the Americas*. American Journal of International Law, 1978, p. 2-3.

poderiam deter proteção mais elevada que a proporcionada ao nacional do Estado receptor, utilizando das cortes nacionais deste”⁹¹

Pode-se dizer que a Doutrina Calvo possuía, essencialmente, duas grandes premissas: (i) não intervenção nos assuntos internos de um Estado; (ii) absoluta igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros⁹². Sabe-se que essa doutrina não obteve aceitação geral a ponto de se tornar um princípio de Direito Internacional⁹³ dado ao fato de que os países desenvolvidos, assim chamados os exportadores de capital, davam maior ênfase ao direito de proteger os interesses dos seus nacionais no exterior – vertente do princípio da nacionalidade – do que ao princípio da soberania territorial.

Apesar da ausência de aceitação da Doutrina Calvo como base do Direito Internacional, os países da América Latina decidiram implementar os preceitos da referida doutrina nos contratos celebrados com investidores estrangeiros, passando a ser conhecida como “Cláusula Calvo”. Referida cláusula tinha como principais exigências, primeiramente, a total submissão do investidor aos tribunais do Estado receptor do investimento, o que causa certa insegurança jurídica no ente estrangeiro, já que as leis aplicáveis variam muito entre um país e outro e, em segundo lugar, o investidor deveria assumir o compromisso de não solicitar a proteção diplomática ao seu Estado de origem⁹⁴.

Conforme as aplicações feitas por esses tribunais, quando um Estado exerce proteção diplomática em favor de um nacional, o direito pleiteado não é o do nacional,

⁹¹ RIBEIRO, Marilda Rosário de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio Internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo* – Rio de Janeiro, 2008 – p. 455-492.

⁹² MANNING CABROL, Denise. *The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors*. Law & Policy in International Business, v. 26, n. 4, p. 1172.

⁹³ BROCHES, Aron. *The Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*. Recueil des Cours, 1973, p. 331-410.

⁹⁴ GREIG, D. W. *International Law*, 2. ed. Londres, 1976, p.593.

mas sim do Estado, sendo considerado, por essa razão, ineficaz a renúncia do investidor estrangeiro⁹⁵.

Nesse sentido, de acordo com Denise Manning-Cabrol:

“É possível, portanto, classificar três elementos principais da referida cláusula: igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, exclusividade da jurisdição do Estado hospedeiro e limitação da proteção diplomática. Uma análise pormenorizada, entretanto, revela que o primeiro elemento é a base principiológica da qual derivam os dois últimos”⁹⁶

A tradicional e clássica forma de se resolver conflitos relacionados a investimentos realizados por estrangeiros em um determinado país é submeter a disputa às cortes do país receptor do investimento. Portanto, sob os auspícios da Doutrina Calvo, essa foi a posição adotada e defendida pelos países receptores de investimentos, especialmente na América Latina, sendo muitas vezes manifestada na legislação doméstica e em acordos regionais desses países⁹⁷.

Ao longo dos anos, a Doutrina Calvo foi enfraquecendo lentamente. Diversos Estados latino-americanos, ao abandonarem os ditames da Doutrina Calvo, decidiram ratificar a Convenção de Washington. Durante muitos anos foram raros os exemplos dos países que ainda não faziam parte como signatários da Convenção de Washington, tais como Brasil e México. Nesse contexto, o presente trabalho passará a analisar o posicionamento do Brasil – que se mantém como não signatário da Convenção até hoje – diante das arbitragens de investimento e, consequentemente, as soluções dadas às disputas decorrentes de investimentos.

⁹⁵ FIGUEIREDO, Roberto Castro de. As origens do Uso da Arbitragem Como Modo de Solução de Controvérsias em Disputas Relativas a Investimentos. Revista Brasileira de Arbitragem, ed. Especial (A proteção ao investimento estrangeiro), 2011, p.17.

⁹⁶ MANNING CABROL, Denise. *The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors*. Law & Policy in International Business, v. 26, n. 4, p. 1173.

⁹⁷ TAVELA LUÍS, DANIEL. *Proteção do Investimento Estrangeiro: O Sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p.45.

3.2. O CIRD E OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO BRASIL

3.2.1. O Aumento da Importância dos Investimentos Estrangeiros e a Necessidade de Utilização da Arbitragem

Historicamente, pode-se afirmar que o investimento de países mais desenvolvidos para o crescimento dos países menos favorecidos é de suma importância. Com isso, naturalmente, o capital estrangeiro sempre foi um componente significativo para a economia brasileira, influência que foi evidenciada ainda mais durante os anos 1930 e 1980 – período de substituição de importações.

Referida política relacionada aos investimentos estrangeiros levou os economistas a definirem a política de desenvolvimento do Brasil como “capitalismo dependente” ou “capitalismo associado”, na medida em que grande parte dos bens de capital e os métodos de produção foram implementados no país com base na tecnologia dos países investidores.

De acordo com os ensinamentos de Celso Albuquerque Mello⁹⁸, podemos elencar alguns dos principais fatores que influenciam cada vez mais o aumento de investimento estrangeiro nos países hospedeiros, sobretudo naqueles ainda em estágio de desenvolvimento. São eles: (i) partida para o exterior à procura de mão-de-obra mais barata; (ii) procura em controlar mercados, a fim de facilitar as exportações; (iii) controle das fontes de fornecimento de matérias-primas; (iv) evitar a concorrência das empresas locais; (v) eliminação das barreiras alfandegárias com a criação de mercados comuns; (vi) aumento de lucro ao superfaturar o que é importado da matriz, bem como subfaturar o que é vendido à matriz.

Atualmente o Brasil passa por um período de gradual transição de seu perfil econômico internacional, de apenas receptor de investimentos para também investidor, o que vem causando uma mudança da posição do governo brasileiro em direção à aderência aos acordos de promoção e proteção de investimentos, para que

⁹⁸ MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro, 1993, p. 98.

se possa garantir e zelar pelos interesses das grandes empresas brasileiras no exterior⁹⁹.

Para entender o atual posicionamento do Brasil, é necessário analisar alguns aspectos históricos, relacionados tanto à evolução da arbitragem no país, quanto ao consequente crescimento dos investimentos estrangeiros.

A partir da década de 90, com a onda de privatizações e com a abertura do mercado interno, possibilitando a redução progressiva das alíquotas de importação, a importância da globalização ganhou destaque na agenda de políticas públicas brasileira e passou a influenciar a inserção do Brasil como importante agente no cenário do comércio internacional. Além disso, o Brasil não contava com a regulamentação especial a respeito da arbitragem, que só veio a acontecer com a edição da Lei nº 9.307/1996¹⁰⁰

Portanto, podemos definir como marco divisório para a arbitragem o ano de promulgação da Lei de Arbitragem, 1996. De acordo com o que afirma Carlos Alberto Carmona:

“[...] os meios alternativos de solução de controvérsias floresceram no Brasil, na América Latina e no resto do planeta e não houve a tão propalada revolta do Poder Judiciário contra os mecanismos extrajudiciais de solução de litígios. Ao contrário, os juízes perceberam – como não poderia deixar de acontecer – que a somatória de esforços para vencer a maré montante de pleitos e demandas trouxe benefícios para todo o país. Cumpre deixar claro que, em verdade, houve poucas – mas estridentes – vozes que insistentemente alardeavam que os juízes não queriam e não precisavam de qualquer ajuda externa para resolver a crise em que mergulhou o Estado (e, com ele, o Poder Judiciário). Todos concluíram que a ajuda que os meios

⁹⁹ ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele. *A proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior* – Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015 – p.46.

¹⁰⁰ AUN, Daniel. BARALDI, Eliana. GIUSTI, Gilberto. AYMONE, Patrícia Knoll. *Arbitragem Como Meio de Solução de Controvérsias em Investimento: Aspectos Processuais*. Rev. Brasileira de Arbitragem – Ed. Especial (A proteção ao investimento estrangeiro), 2011, p. 69-70.

alternativos (entre eles a arbitragem) podem prestar é valiosa e não pode ser descartada. Também concluíram todos que não era fundado o medo de alguns de que a arbitragem concorresse com o Poder Judiciário na solução dos litígios: a experiência acabou por demonstrar que a arbitragem jamais poderia substituir a atividade jurisdicional protagonizada pelo Estado”¹⁰¹

Diante dessa realidade, é possível afirmar que a arbitragem se caracteriza como mecanismo relevante na engrenagem do fluxo de capital estrangeiro para o país e, também no plano do comércio internacional. Com o crescimento da economia e o consequente incremento da captação de recursos externos, a arbitragem passa, ainda que timidamente, a receber mais atenção dos empresários e banqueiros internacionais. Portanto, à medida que o país se torna mais atuante no plano do comércio internacional e, conseqüentemente, tem seu mercado mais cobiçado, a pressão para que a arbitragem seja utilizada como método para a resolução de conflitos aumenta¹⁰².

Sabe-se que um fator que colaborou para a maior legitimidade do regime jurídico internacional dos investimentos foi a adesão das nações em desenvolvimento ao sistema da arbitragem internacional pois, superando a resistência inicial, tais países passaram a ver na arbitragem internacional uma importante ferramenta de auxílio na atração do investidor estrangeiro.

Nesse contexto, mesmo sendo classificado como país em desenvolvimento, “o Brasil se mostrou frequentemente relutante a essa sistemática, mesmo porque nunca dependeu destes instrumentos para atrair investimentos para seu território. Entretanto, já no século XXI, passa-se a observar o fenômeno de maior internacionalização das empresas brasileiras, o que começa a despertar inquietações nos setores público e privado acerca da posição brasileira”¹⁰³.

¹⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo, 2004, p. 20.

¹⁰² MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem e Atração de Investimentos no Brasil*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 32, 2012, p. 101-108.

¹⁰³ ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele. *A proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior* – Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015 – p.21.

3.2.2. A Atuação do Brasil Frente ao CIRDI

Para melhor entender o posicionamento brasileiro, podemos passar à análise do contexto histórico em que o país esteve inserido:

Durante muito tempo os países latino-americanos foram resistentes à retificação do texto trazido pela Convenção de Washington, uma vez que não consideravam do CIRDI como um fórum imparcial e por vê-lo, talvez, como um substituto da intervenção diplomática contra os Estados da região, o que era muito comum no século XIX¹⁰⁴.

O Brasil não assinou referido tratado, sendo o único estado do Mercosul a não utilizar o sistema instituído pelo CIRDI. À época, o consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Augusto de Rezende Rocha, desaconselhou o Brasil a assinar a Convenção do CIRDI, pois supunha que o Centro, ao focar na resolução de disputas entre particulares e governos, favorecia a posição dos investidores e consagraria o imperialismo econômico e financeiro.

Além disso, o consultor do Itamaraty entendia que o sistema do CIRDI pressupunha a suspeição e a parcialidade das instituições jurídicas e judiciárias do país que acolheu o investidor, o que as tornaria inaptas a solucionar controvérsias sobre investimentos, tornando necessária a solução arbitral, conforme trecho que segue:

“seria a consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada (...) não é crível que qualquer Estado normalmente organizado, apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária, concorde de boa mente em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, que na sua organização e funcionamento será passível de sofrer influências prejudiciais à própria soberania desse Estado. (...) nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente as

¹⁰⁴ PEREIRA, Celso de Tarso. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID)*. Brasília, 1998, p.92-93.

reivindicações de *meritorious cases* de estrangeiros que lhe fossem apresentadas”¹⁰⁵.

Nesse ponto, a institucionalização da arbitragem também foi questionada. Considerada necessária para garantir a permanência e a continuidade da experiência de conciliação e dos procedimentos arbitrais realizados casualmente por meio de arbitragens *ad hoc*, a arbitragem institucional, supostamente, não seria suficiente a garantir a completa imunidade dos árbitros às injunções políticas e econômicas externas¹⁰⁶.

Vale registrar, ainda, que o Brasil não aderiu ao acordo, apesar do aumento da sua competitividade internacional decorrente do desenvolvimento da economia mundial como um todo e do capital estrangeiro recebido durante o programa de privatizações promovidas pelo governo Fernando Henrique Cardoso, não oferecendo ao investidor estrangeiro, portanto, uma moldura legal propícia para resolução de controvérsias.

É possível afirmar que o grande óbice à aceitação do governo brasileiro à Convenção de Washington reside na regra de que as sentenças arbitrais estrangeiras são obrigatórias para os Estados signatários, os quais se comprometem a executá-la como se fosse um julgamento definitivo de seus tribunais. Tal realidade pode representar um risco para os investimentos nos países considerados em desenvolvimento, já que as mudanças constitucionais em países da América Latina podem restringir o uso da arbitragem.

Ademais, não há dúvida quanto à vigência do Estado de Direito em nosso país, tanto em virtude das normas constitucionais e legais quanto de sua aplicação pelo Poder Judiciário. Efetivamente, intensificou-se, recentemente, a atuação dos tribunais e, especialmente, da Suprema Corte em relação ao controle da constitucionalidade das normas legais, das decisões judiciais e administrativas e até das políticas públicas.

¹⁰⁵ ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138: criação de órgãos de arbitragem internacional* – BIRD. 1964, item 17, II.

¹⁰⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 82.

Assim sendo, os princípios gerais e as normas geralmente contidas nos tratados podem assegurar, aos investidores, no plano internacional, direitos que já lhe são garantidos, pois são reconhecidos às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras residentes no país, o que evita qualquer espécie de privilégio para o investidor.

Sabe-se que o art. 27 da Convenção de Washington proíbe que:

“[...] eleita a via arbitral, entre o particular e o Estado, venha o Estado da nacionalidade daquele particular sub-rogar-se nas suas pretensões, pelo instituto da proteção diplomática, transformando assim um litígio sobre investimentos no qual uma parte é particular, num litígio entre Estados”¹⁰⁷

Apesar da proteção trazida por referido artigo, em razão de os países da América Latina pregarem a defesa dos princípios da Doutrina Calvo – que estabelecia que as medidas judiciais buscadas pelos estrangeiros só poderiam ser feitas nos tribunais dos locais do Estado receptor do investimento – tal artigo não foi suficiente a despertar uma mudança de postura e aceitar a arbitragem internacional.

As razões políticas, econômicas e culturais dessa relativa aversão podem ser identificadas em virtude de um certo nacionalismo, que dominou a política brasileira, especialmente durante o Estado Novo, mas também, num período posterior, não se via com simpatia a execução, no país, de decisões proferidas no exterior ou por órgãos internacionais.

É preciso lembrar que, na época, o Brasil não participava muito intensamente do comércio mundial, limitando-se a exportar alimentos e matérias primas e a importar equipamentos e artigos de consumo, sem ter uma posição de força em relação à maioria dos países com os quais mantinha negócios. Os conflitos eram relativamente raros e encontravam, geralmente, soluções conciliatórias decorrentes dos próprios interesses das partes de continuar a comercializar os seus produtos.

¹⁰⁷ SOARES, G. Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.82.

Por outro lado, a cultura jurídica brasileira ainda não aceitava a equiparação da decisão arbitral à sentença judicial, subsistindo, por longo tempo, as reservas da Consultoria Jurídica do Itamaraty na matéria. Assim, embora sejam poucas as referências feitas, no Brasil, às doutrinas Drago e Calvo, a situação do nosso país era, nessa questão, análoga à dos demais países latino-americanos, sendo até mais reservada em relação à arbitragem do que alguns deles. Basta lembrar que, enquanto a maioria dos países latino-americanos aderiu à Convenção de Washington, o Brasil ainda não o fez, e não cogita fazê-lo no momento.

A partir de 1990, com o movimento de privatização e de abertura da economia brasileira aos investimentos estrangeiros, ensejando, inclusive, várias emendas constitucionais, a arbitragem nacional e internacional foi consolidando a sua posição. Sucessivamente, a nova legislação, a jurisprudência dos tribunais e a evolução da doutrina permitiram uma verdadeira “revolução cultural” na matéria, ensejando, na prática, uma “explosão” da arbitragem.

Nos últimos vinte anos, e especialmente em virtude da recente crise, modificou-se cabalmente o panorama tanto legal quanto econômico existente. Assim, tanto a doutrina nacional e estrangeira quanto os meios comerciais estão reiniciando a discussão em torno da negociação e aprovação de acordos ou tratados de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI), embora com novas cláusulas e condições, particularmente, no contexto das chamadas economias emergentes.

Concebe-se que tais tratados possam, inicialmente, ser firmados com países nos quais o Brasil tem maiores investimentos, como os da América Latina, podendo, posteriormente, ser também utilizados em outras situações.

3.3. OS IMPACTOS CAUSADOS AOS INVESTIMENTOS BRASILEIROS EM RAZÃO DE O PAÍS NÃO SER SIGNATÁRIO DA CONVENÇÃO DE WASHINGTON

Como já destacado nos capítulos anteriores do presente trabalho, o CIRDI surgiu com a intenção de incentivar a arbitragem para dirimir litígios entre um investidor de um Estado estrangeiro e os temores dos investidores com relação ao uso dos Tribunais do outro Estado aos riscos de imunidade soberana desse último. No entanto, o Brasil optou por não ratificar os termos da Convenção, o que poderia representar um distanciamento do país em relação à jurisprudência internacional em matéria de investimentos.

Parte da doutrina sustenta que a adesão do Brasil à Convenção de Washington possibilitaria que os investidores brasileiros no exterior tivessem seus ativos mais bem protegidos, já que a possibilidade de incluir cláusulas de submissão ao CIRDI em contratos ou em leis nacionais de investimento, torna a arbitragem internacional um meio mais seguros e acessível às empresas nacionais.

Entretanto, existe outra parte da doutrina que defende firmemente que a ausência de ratificação pelo Brasil da Convenção de Washington – bastante questionada e criticada pela comunidade internacional – impediu o ingresso de recursos no país cuja captação, a bem da verdade, apresenta aumento constante e significativo ao longo das últimas décadas. Apesar da reação brasileira à ratificação da Convenção de Washington, o país acolheu diversos investimentos durante o período de 1960 a 1980¹⁰⁸.

Atribui-se tal realidade a dois fatores que autorizaram ou favoreceram, à época, o fluxo de capital externo. Um deles é a qualidade do sistema jurídico brasileiro, que se configura como contemporâneo, não discriminatório e está em perfeita harmonia com o que os países que se utilizam do sistema *civil law* vêm aplicando em seus ordenamentos jurídicos. O segundo é a reconhecida e prestigiada reputação que

¹⁰⁸ BATISTA MARTINS, Pedro. Arbitragem e atração de investimentos no Brasil. Rev. de Arbitragem e Mediação, v.5, 2014, p. 1139-1146.

o Poder Judiciário brasileiro conquistou, uma vez que vem se consolidando ao longo dos anos.

Nesse ínterim, o Brasil editou a Lei nº 4.131/1962, que disciplina a aplicação de capital estrangeiro no país e a remessa de recursos ao exterior, que possui como principais premissas o tratamento igualitário entre capital estrangeiro e nacional; direitos, obrigações e benefícios concedidos ao capital nacional devem ser estendidos aos recursos ingressados dos demais países. Importante ressaltar que referida lei está atualmente vigente, sobrevivendo a momentos de instabilidade relacionados à história do Brasil, mantendo-se hígida e firme para os fins a que foi destinada e desenvolvida, encerrando, nessa medida, expressão fundamental de segurança jurídica, que é pedra fundamental para as decisões dos investidores sobre investir em um determinado país.

A par dessas circunstâncias, não se pode olvidar que, com o crescimento da economia e o conseqüente incremento da captação de recursos externos, a arbitragem passa, ainda que timidamente, a receber maior atenção dos empresários e banqueiros internacionais, muito embora desconsiderada, renegada e maltratada no Brasil.

É certo que a Convenção de Washington oferece um sistema jurídico muito seguro para a resolução dos litígios aos quais os países signatários são submetidos, sendo transparente e suficiente a atender aos interesses dos investidores. Mas, ao analisarmos a situação de alguns países de desenvolvimento signatários da referida Convenção, é possível notar que as estruturas internacionais ainda são controladas e regidas em conformidade aos interesses dos países desenvolvidos, aqueles que são classificados como investidores. Isso leva ao questionamento sobre o real benefício que os países em desenvolvimento possuiriam ao aderir a esses instrumentos internacionais, uma vez que questiona-se quais seriam os interesses dos estados receptores de investimentos que seriam atendidos.

Nesse sentido, cabe ressaltar o comentário de Gilberto Giusti e Adriano Drummond:

“Vê-se, portanto, que os mecanismo de proteção aos investimentos em um outro Estado não acompanharam as diversas formas de manipulação desse investimento pelo Estado receptor, de maneira a conferir, de um lado, uma proteção razoável ao investidor e, de outro, possibilitar ao Estado receptor a locação desse investimento como forma de desenvolvimento de suas próprias políticas públicas, sociais e econômicas”¹⁰⁹.

Segundo o Relatório Mundial de Investimentos, emitido em 2011 durante a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), o Brasil configura-se como o quinto país na escala dos maiores receptores de investimentos estrangeiros diretos, sendo que escalou dez posições na escala global no período de um ano¹¹⁰.

Apesar de deste aumento significativo, pouco se tem discutido, e, muito menos, feito para propiciar a estes investidores foros adequados para a resolução de conflitos referentes aos seus investimentos realizados no exterior. Nesse ínterim, alguns fatores devem ser levados em consideração para reverter a inércia de alguns Estados sobre a regulamentação do tema: a garantia de que as empresas investidoras receberão o retorno pelos investimentos efetuados, globalização das empresas que desejam se tornar investidoras internacionais e estabilidade política dos países receptores de investimentos.

Sobre tal deficiência acerca dos foros adequados para a solução desse tipo de controvérsia, destacam Ives Gandra da Silva Martins e Francisco José de Castro Rezek¹¹¹, que nada pode lesar tão gravemente a imagem do sistema arbitral relativo a investimentos que sua falta de qualidade para bem aplicar o direito e realizar justiça,

¹⁰⁹ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. *As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, 2005, p.52.

¹¹⁰ UNCTAD. *World Investment Report 2011*; e CASTRO, André Zanatta Fernandes de. *O futuro da arbitragem de investimentos: uma perspectiva brasileira*, 2012, p.145.

¹¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva e REZEK, Francisco José de Castro. *Atualidades da arbitragem internacional relativa a investimentos*. Revista Projuris on-line.

naqueles poucos casos em que o requerido é muito mais um Estado exportador de capital do que um receptor de investimentos estrangeiros.

Se a arbitragem revelar-se, afinal, uma via de mão única na proteção do investimento estrangeiro, mostrando fraqueza quando se espera que corrija a violação dos direitos do investidor por um Estado economicamente mais forte que o Estado patrial desse investidor, é inevitável que o sistema tome ares de um instrumento variante do neo-colonialismo, e que a maioria dos Estados se sinta tentada a reconsiderar sua participação no sistema.

Considerando a atual posição do Brasil, passando de país receptor de investimento a investidor internacional, parte da doutrina entende que o país deve adotar uma mudança de postura em caráter de urgência, ao passo que é necessário dar maior atenção à proteção de investimentos no exterior por parte das empresas nacionais. A não ratificação da Convenção de Washington pelo Brasil não impede que pessoas físicas e jurídicas brasileiras, ao investir no território de Estados-contratantes, lancem mão do sistema arbitral CIRDÍ para a resolução de disputas decorrentes de seus investimentos.

Para isso, mostra-se necessário, ao se analisar a viabilidade de um determinado investimento no exterior, perscrutar as diferentes possibilidades para a sua estruturação via Estados Contratantes da Convenção de Washington, para que seja possível, caso surja uma disputa com o Estado-receptor, o acesso do investidor brasileiro ao Sistema CIRDÍ. Embora o Sistema seja alvo de críticas, é crescente o número de requerimentos de arbitragem protocolados junto à Secretaria¹¹² e a massa crítica doutrinária já formada em seu entorno bastante significativa.

O CIRDÍ configura-se como um sistema com grande e crescente importância no cenário mundial dos investimentos internacionais, e que não pode, portanto, ser ignorado pelas empresas e pessoas físicas brasileiras com investimentos atuais ou futuros no exterior – nem por seus advogados¹¹³.

¹¹² As estatísticas produzidas pelo Sistema ICSID encontram-se disponíveis em: [<http://icsid.worldbank.org/>].

¹¹³ CAMPOS MELO, Leonardo de. *Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 34, 2012, p. 55-94.

3.4. O ISOLAMENTO DO BRASIL DO SISTEMA DE ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO: POSSÍVEL PROCESSO DE MUDANÇA.

Após todas as considerações feitas no presente trabalho, foi possível identificar que as negociações atinentes a investimentos, seja com a intervenção de terceiro ou não, somente progredirão entre as partes, se houver um mecanismo de solução de controvérsias jurisdicional que preveja a possibilidade dos possíveis resultados às partes, o que as levará a empenhar esforços à negociação.

Portanto, expostos os padrões de proteção nos acordos de investimentos e as existentes formas de solução de controvérsias internacionais, analisar os Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), alternativa apresentada pelo governo brasileiro como um modelo alternativo de acordo bilateral para regulação de investimentos estrangeiros.

Na perspectiva das partes privadas, o que muda com a adoção desses instrumentos pelo Estado brasileiro? Os investidores brasileiros em outros países e os investidores estrangeiros no Brasil passarão a ter maior segurança quanto a seus investimentos? No caso de violação de seus direitos, disporão de meios para obter prestação jurisdicional independente e imparcial?

Ao se empreender um olhar mais atento aos ACFIs brasileiros, é possível notar que enquanto a proteção dos investimentos estrangeiros consiste em uma parte fundamental desses instrumentos, os ACFIs apresentam-se como mais ambiciosos especificamente no que tange à promoção de investimentos e à prevenção de conflitos¹¹⁴. Nesse sentido, é importante salientar que a posição brasileira por elaborar um mecanismo que demonstra sua preocupação em resolver eventuais entraves, o que representa um reforço na governança institucional dos acordos para que estes não evoluam para uma possível controvérsia judicial¹¹⁵.

¹¹⁴ PERRONE, Nicolás M.; CÉSAR, Gustavo Rojas de Cerqueira. *Brazil's bilateral investment treaties: More than a new investment treaty model?* Columbia FDI Perspectives on topical foreign direct investment issues, 2025, p. 159.

¹¹⁵ ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele. *A proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior* – Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015 – p.192.

Até o momento, investidores brasileiros em países estrangeiros e investidores estrangeiros em nosso país não gozavam de qualquer proteção para seus investimentos além das normas de direito interno. Por isto, o modelo de ACFI trouxe alguns avanços nas condições oferecidas aos investidores: um Comitê Conjunto de representantes dos Estados partes para monitorar a implementação do acordo, discutir possibilidades de investimentos, coordenar agendas de cooperação e facilitação e acolher a participação do setor privado.

Nesse sentido, conforme pontuam Cozendei e Cavalcante, os ACFIs partem da premissa de que “os Estados devem cooperar para auxiliar a realização e expansão de investimentos recíprocos”¹¹⁶, deste modo, o acordo brasileiro “reduz a centralidade do litígio, presente na forma como os APPIs tradicionais foram aplicados, e propõe o desenvolvimento de institucionalidade que fomente o diálogo entre o investidor e o Estado receptor dos investimentos”¹¹⁷.

O modelo de ACFIs elaborado pelo Brasil acentua, portanto, o interesse na prevenção de controvérsias mais do que efetivamente no julgamento delas. Espera-se que as eventuais controvérsias entre investidor e Estado receptor sejam resolvidos mediante negociações, sem necessidade de um pronunciamento jurisdicional. Contudo, essa expectativa parece excessivamente otimista, pois a composição de conflitos entre um Estado soberano e um particular, sem uma decisão independente e imparcial, oferece escassa probabilidade de restaurar o direito do investidor estrangeiro eventualmente violado pelo Estado receptor.

Nessa perspectiva, a ausência de acesso à solução extrajudicial de controvérsias decorrentes do investimento é uma das questões mais relevantes no modelo do ACFI. Ao contrário do que prevê a Convenção CIADI e nos tratados de proteção de investimento no modelo da OCDE, o ACFI não dá ao investidor estrangeiro acesso à jurisdição arbitral, ficando ele a depender da proteção de seu

¹¹⁶ COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)*. Cadernos de Política Exterior, Brasília, 2015, p. 89.

¹¹⁷ COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)*. Cadernos de Política Exterior, Brasília, 2015, p. 109.

Estado nacional, para que possa exercer a defesa de seus direitos, quando forem violados pelo Estado receptor. Essa fórmula tem sérios inconvenientes, pois implica o Estado numa controvérsia de interesse privado, criando um contencioso que pode trazer consequências danosas para a política externa de ambos os Estados, ademais de deixar o investidor subordinado ao interesse e aos tempos do governo de seu próprio Estado.

Foram justamente essas as questões que inspiraram a Convenção de Washington de 1965 a atribuir a resolução de conflitos sobre investimentos à jurisdição arbitral, tornando desnecessário o exercício da proteção diplomática nesta matéria.

Portanto, a possibilidade de arbitragem entre o Estado receptor e o Estado do investidor, prevista no modelo de ACFI como fórmula para a solução de disputas sobre investimentos, pode levar a que o investidor estrangeiro se veja desamparado diante de conduta violadora de seus direitos por parte do Estado receptor.

O modelo de ACFI adotado pelo Brasil, se bem traga algum avanço no tratamento do investimento estrangeiro nos países signatários desses acordos, não parece suficiente para mitigar o risco que decorre da instabilidade política em economias emergentes. Diante disto, além de reduzir a confiança dos investidores no país potencialmente receptor de investimentos estrangeiros, em situações críticas, o acordo poderá gerar consequências prejudiciais tanto para os investidores como para os Estados receptores.

Os tratados de cooperação e proteção de investimentos representam um evidente progresso tanto para os interessados como para os Estados beneficiários dos investimentos. Mas, ao longo das décadas, verificou-se que deveriam ser fixadas limitações em relação ao seu objeto, e que também poderiam ser definidos mais adequadamente os seus beneficiários. Concluiu-se, portanto que os países signatários dos acordos bilaterais poderiam ter maior flexibilidade para conciliar os interesses e direitos dos investidores com a possibilidade, para cada país, de fixar as suas políticas públicas, nos mais variados setores, respeitando a confiança inicialmente depositada pelo investidor no sistema jurídico vigente, no momento em que o investimento foi feito.

Considerando, pois, a evolução tanto da economia brasileira como do nosso direito, podemos concluir que os tratados de proteção de investimento constituem uma solução oportuna, desde que ressalvadas as políticas nacionais essenciais, como os referentes à saúde, à moeda e ao meio-ambiente.

A proteção concedida ao investidor estrangeiro deve ser análoga à garantida ao investidor nacional, especialmente quando se trata de investimentos feitos no interesse público e em virtude de contratos administrativos ou sujeitos à regulação, devendo tal proteção ser suficiente para evitar atos discricionários ou arbitrários, que raramente ocorreram, no passado, no Brasil, mas que continuam acontecendo em vários países da América Latina.

É incontestável que, nos momentos de incerteza generalizada, os tratados de proteção dos investimentos têm aspectos favoráveis, especialmente quando o Brasil compete na economia mundial com as demais economias emergentes e a maioria dos países já aderiu à Convenção de Washington, com resultados considerados satisfatórios, a grosso modo, tanto pelos investidores como pelos Estados receptores de investimentos.

A recente evolução econômica e tecnológica torna imperativas a revisão dogmática do direito e a adoção de uma visão pragmática das políticas legislativas. Nesse sentido, tanto a Constituição de 1988 e as emendas constitucionais quanto o Código Civil conciliam algumas tradições do passado com uma nova visão decorrente das necessidades práticas, da globalização da economia e das novas tecnologias. Conceitos obsoletos tiveram que ser abandonados e novos institutos passaram a ser aceitos. Em todos os setores do direito, houve mudanças fundamentais que atingiram a propriedade, o contrato, a responsabilidade civil e a família.

Houve, assim, uma complementação da evolução criadora que enriquece o direito, com novos institutos e técnicas, pela destruição criativa, que o libera de concepções que se justificavam no passado, mas que não têm mais razão de ser no presente. Há, assim, uma renovação do direito, partindo da doutrina e inspirada no pragmatismo jurídico, enfatizando a importância das consequências das normas legais e das decisões judiciais e recorrendo à análise econômica.

Em relação aos tratados binacionais, a sua aceitação pelo Brasil se justifica, pois, pela dupla evolução que tivemos, no direito nacional e na própria formulação dos acordos internacionais na matéria, e o seu conteúdo deve ter em conta a experiência de outros povos.

O que se prevê para a prevenção e solução de controvérsias nos ACFIs, portanto, é algo muito limitado. Na prática, os investidores apenas podem buscar proteção nas normas e estruturas jurisdicionais internas do país receptor do investimento, sem acesso imediato a qualquer instância internacional. Se houver viés nacionalista ou falta de independência do Judiciário, é melhor colocar na conta dos riscos do negócio e, se for o caso, buscar os instrumentos locais de prevenção, às vezes nas zonas cinzentas da legalidade e moralidade¹¹⁸.

O patamar internacional para a eventual solução de controvérsias apenas pode ser atingido mediante o convencimento das autoridades do país de origem do investimento, instituindo a necessidade de negociar com instâncias políticas nacionais o acesso à arbitragem entre Estados. O acesso do investidor a esse sistema é incerto e improvável e, portanto, pouco benefício deflui dos mecanismos previstos.

Assim, investidores “protegidos” pelos ACFIs se colocam em clara desvantagem em relação aos cobertos por APPRIs, devidamente munidos de instrumentos jurisdicionais internacionais independentes para fazer valer seus interesses. Como já se mencionou, a fragilidade do tratamento de nação mais favorecida impede qualquer extensão de benefícios concedidos em acordos internacionais, ou seja, investidores protegidos por APPRIs tem, clara e explicitamente, melhor tratamento que os cobertos por ACFIs.

¹¹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura; ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. O Brasil. ACFIs e a Arbitragem de Investimentos. Disponível em: [file:///C:/Users/ftd/Downloads/O Brasil ACFIs e a arbitragem de investi.pdf](file:///C:/Users/ftd/Downloads/O%20Brasil%20ACFIs%20e%20a%20arbitragem%20de%20investi.pdf)

3.5. MECANISMO COMPLEMENTAR DO CIRDI: UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA PARA OS INVESTIDORES BRASILEIROS

Importantes oscilações na compreensão econômica e jurídica do investimento estrangeiro ocorreram desde os anos 1960, especialmente no sentido de que a frustração com as técnicas de promoção do desenvolvimento pela aplicação de fundos públicos e com forte participação dos Estados levou à reconsideração jurídica de princípios outrora tidos como superados por grande parte da doutrina, bem como à criação e utilização de novos instrumentos para a regulação internacional dos investimentos estrangeiros¹¹⁹.

De acordo com a Convenção de Washington, para que a demanda possa ser processada pelo CIRDI, tanto o país de procedência do investidor, quanto o país receptor destes investimentos devem ser partes na Convenção. Dessa forma, no contexto para a formação do Mecanismo Complementar, existia ainda um grande número de países latino-americanos fora do sistema CIRDI, portanto, considerando a necessidade de estender a conciliação e a arbitragem a esses países, foi elaborado o Mecanismo Complementar.

Em 27 de setembro de 1978, na 12ª reunião do Conselho Administrativo do Centro, foi decidida a implementação do Mecanismo Complementar, no qual o Secretário Geral do CIRDI seria autorizado a administrar certos procedimentos entre Estados e nacionais de outros Estados não-contratantes do Centro, pela ausência dos requisitos *rationae personae* e *rationae materiae*¹²⁰. Isso se daria em razão, principalmente, de uma das partes não se tratar de Estado Contratante ou de nacional de um Estado Contratante, mas mesmo assim visar o acesso ao Centro ou, adicionalmente, se a controvérsia não surgir diretamente de um investimento¹²¹.

A ideia, primitivamente, seria de que o Mecanismo Complementar seria apenas válido provisoriamente, tendo seu funcionamento programado para cinco anos. Assim, seria possível divulgar os trabalhos do Centro mediante a extensão de

¹¹⁹ LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, P. 387-389.

¹²⁰ ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele. *A proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior* – Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015 – p.144.

¹²¹ PARRA, Antônio. *The history of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 147-150.

suas atividades para casos que, de outro modo, não estariam em seu âmbito de competência. Todavia, com a crescente utilização do Mecanismo, em 26.09.1984, o Conselho Administrativo optou por sua manutenção por tempo indeterminado¹²². O fato é que, o Mecanismo Complementar trata-se de instituto que auxilia a expansão do acesso à justiça internacional, visto que propicia oportunidade de acesso à Jurisdição do Centro mesmo para aqueles Estados e Investidores oriundos de Estados não signatários da Convenção de Washington, o que faz com que o CIRDI seja visto como alternativa também por esses atores.

Como vimos, o Mecanismo Complementar amplia a atuação do CIRDI para no sentido subjetivo, de modo que, conforme dispõe o art. 2º, alínea a:

“Procedimentos de conciliação e arbitragem para a solução de controvérsias de caráter jurídico que surjam diretamente de um investimento, que não sejam de competência do Centro *em razão de que o Estado parte na controvérsia ou o Estado cujo nacional é parte na controvérsia não seja um Estado Contratante*”

No tocante à ampliação do âmbito objetivo, dispõe a alínea b do mencionado artigo, que são permitidos:

“Procedimentos de conciliação e arbitragem para a solução de controvérsias de caráter jurídico que não sejam de competência do Centro em razão de que *não surge diretamente* de um investimento, sempre que o Estado parte na controvérsia ou o Estado cujo nacional é parte na controvérsia seja um Estado Contratante”.

Observa-se, desse modo, que a competência do CIRDI nos termos do Mecanismo Complementar não admite sobreposição à constituída nos termos estritos da Convenção de Washington. Sendo assim, o Secretário-Geral não poderá aceitar a

¹²² SCHEREUER, Christian. Commentary on the ICSID Convention, 1996, p. 327.

submissão de casos já iniciados no âmbito pela Convenção de Washington, mas apenas os que, em razão de seu sujeito ou de seu objeto, estejam fora de seu âmbito.

Portanto, se a controvérsia a ser submetida à conciliação ou à arbitragem surgir diretamente de um investimento e for entre um Estado Contratante e um nacional de outro Estado Contratante, tal disputa não poderá ser submetida ao CIRDI, nos termos do Mecanismo Complementar.

Essa regra se complementa pelo Artigo 4º, segundo a qual o Secretário não deverá aprovar a submissão do caso se não houverem as partes aceitado “a jurisdição do Centro conforme o Artigo 25 da Convenção de Washington (em substituição ao Mecanismo Complementar), caso ao tempo do início do procedimento houverem sido cumpridos os requisitos *ratione personae* do mencionado Artigo”, vejamos:

“Se, no caso de uma solicitação baseada no Artigo 2 (b), houverem sido cumpridos os requisitos jurisdicionais *ratione personae* do Artigo 25 da CW e, a juízo do Secretário Geral, for provável que a Comissão de Conciliação ou o Tribunal de Arbitragem, conforme for o caso, sustentarem que a controvérsia surge diretamente de um investimento, o Secretário Geral pode condicionar sua aprovação da solicitação a que as duas partes convencionem submeter qualquer controvérsia preferencialmente à jurisdição do Centro”

Há, entretanto, uma possibilidade de sobreposição de jurisdições, uma vez que fica ao arbítrio do Secretário-Geral exigir, ou não, o compromisso de submeter o caso à jurisdição da Convenção de Washington, caso a controvérsia surja “diretamente” de um investimento.

De fato, há uma franja de imprecisão considerável e, muitas vezes, tanto em virtude da variedade de fundamentos quanto na de pedidos, cumulativos e alternativos, é perfeitamente possível que uma mesma controvérsia envolva aspectos “direta” e “indiretamente” referentes a um investimento. Nesse caso, poderia ser mais adequado manter a unidade do procedimento em torno do MC do que transferi-lo, em parte, para o regime da Convenção de Washington. Isso, no entanto, pode conduzir a

problemas em termos de execução do laudo arbitral, sujeita a maiores garantias no sistema da Convenção de Washington.

Assim, o Mecanismo Complementar se constitui hoje em uma importante alternativa para a solução de controvérsias entre investidores e Estados, alargando o âmbito das atividades. Pode-se dizer que o Mecanismo Complementar do CIRDI autoriza o Centro a administrar um tipo de procedimento não previsto pela Convenção de Washington, chamado de *fact-finding proceedings*, que são recursos voltados para a apuração e exame de fatos relevantes envolvendo um investimento em questão. Importante ressaltar que, aos casos submetidos ao mecanismo complementar, não se aplicam as exigências específicas da Convenção de Washington, tais como a obrigatoriedade do reconhecimento e cumprimento da decisão arbitral por todos os Estados contratantes.

O Mecanismo Complementar possui, basicamente, dois sentidos de alcance: em seu âmbito subjetivo e territorial, bem como em seu âmbito material¹²³. Esses alargamentos servem para responder a reclamações contínuas, tanto de investidores quanto de órgãos governamentais ao redor do mundo, que, em busca de proteção de investimentos, mesmo que indiretos, não tinham à disposição o julgamento arbitral do CIRDI¹²⁴.

Independentemente das razões que levaram o Brasil a não fazer parte da Convenção de Washington, cumpre salientar que, no âmbito do Mecanismo Complementar, os investidores brasileiros já podem, mesmo sem a adesão do país à Convenção, lançar mão das disposições trazidas pelo mecanismo complementar, desde que o Estado receptor do investimento seja parte do CIRDI. Diante de tais considerações, é correto dizer, portanto, que o Brasil não pode ser submetido a arbitragens do CIRDI no âmbito da Convenção de Washington, por não a ter ratificado.

¹²³ COLLIER, John; LOWE, Vaughan. *The settlement of disputes in international law: institutions and procedures*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 62.

¹²⁴ BROCHES, Aron. *The "additional facility" of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 1979, P. 374.

No entanto, o CIRDI conta com um mecanismo que permite a participação dos Estados não signatários em procedimentos de conciliação e arbitragem¹²⁵.

A utilização do Mecanismo Complementar pelo Estado Brasileiro, embora juridicamente possível, mostra-se politicamente improvável. A razão que justifica a não ratificação dos Tratados Bilaterais de Investimentos pelo Estado brasileiro é basicamente a mesma que fundamentou a sua não adesão à Convenção de Washington, qual seja, a indisposição à abdicação da competência judicial interna em prol da arbitragem transnacional. Não obstante, a sua utilização pelo investidor brasileiro é perfeitamente possível e para fazê-la não depende ele do aval do Brasil nem da intervenção da diplomacia nacional: basta que o Estado receptor do investimento seja parte da Convenção de Washington e aceite especificamente a jurisdição do CIRDI sob os ditames do Mecanismo Complementar!

O fato de o Brasil aceitar fazer parte do sistema constituído pela Convenção de Washington não apresentaria risco aos interesses nacionais e poderia representar nova alternativa para os investidores brasileiros no exterior, especialmente aqueles que se defrontam com marcos regulatórios instáveis e risco político elevado nos países onde investem.

Como pudemos perceber no desenrolar do presente artigo, o Brasil não figurará como parte em uma arbitragem da Convenção de Washington, mas há possibilidade de figurar como parte do Mecanismo Complementar. Basta para isso emitir, por meio de alguma das formas de submissão a esta jurisdição, como exposto acima, sua aceitação em figurar como parte da arbitragem e, desta maneira, como parte que é da Convenção de Nova York, se submeter aos ditames do laudo arbitral.

Todavia, tal fato parece pouco provável. Nesse sentido, destaque-se que uma das principais razões alegadas para a não-ratificação dos Tratados Bilaterais de Investimento seria a aceitação da arbitragem como forma de solução de controvérsias, avocando uma competência jurisdicional, que se propugna, própria do Estado

¹²⁵ COSTA, José Augusto; CARREGARO, Ana Carolina C; ANDRADE, Thiago P. *Mecanismo complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros?* Revista Direito GV, p. 63, jul/dez, 2007.

brasileiro. Juridicamente é perfeitamente possível, mesmo que politicamente improvável.

Por outro lado, há a possibilidade de que investidor brasileiro que faça investimentos no exterior faça uso do MC, ingressando com procedimento de *fact-finding*, conciliação ou arbitragem contra Estado estrangeiro. Para que isto seja possível, acumulam-se duas condições: o Estado receptor do investimento deve ser parte da Convenção de Washington e deverá aceitar especificamente a jurisdição sob o MC em qualquer das formas apontadas no tópico 5. Neste caso pode-se vislumbrar uma forma de arbitragem no âmbito do CIRDI, envolvendo investidor brasileiro sem que o Estado brasileiro intervenha consentindo ou emitindo qualquer forma de manifestação, ou seja, sem que qualquer juízo político informe as decisões do agente privado.

Essa alternativa para a solução de controvérsias em matéria de investimento, portanto, pode ser ativada por investidores que tenham contratos com Estados ou pessoas jurídicas de direito público – como autarquias, fundações públicas ou entes federados – e, ainda, empresas públicas podem fazer constar dos instrumentos contratuais cláusula que submeta, potencialmente, as controvérsias que possam derivar deste à jurisdição do CIRDI nos termos do Mecanismo Complementar.

Pode-se notar que tanto o Estado brasileiro quanto o investidor brasileiro podem ser partes de arbitragem no Mecanismo Complementar do CIRDI, incluindo-se a via independente de intervenção do Estado brasileiro.

Vale lembrar, mesmo que fora do âmbito específico deste artigo, que em casos mais específicos e sujeitos a sérias discussões jurídicas seria possível que empresas brasileiras com sócios estrangeiros, ainda que minoritários, oriundos de Estados membros da Convenção de Washington, pudessem se valer deste fato para levar uma controvérsia ao CIRDI.

É possível até mesmo que o fato seja levado sob os auspícios da Convenção de Washington, se tanto o sócio ou acionista estrangeiro da empresa brasileira e o Estado receptor do investimento forem membros da Convenção e houver submissão por lei, tratado ou contrato.

Conforme pôde ser observado, fica claro que, mesmo que o Brasil continue a relutar essa forma de procedimento de solução de controvérsias e continue a obstar a ratificação dos TBIs e mesmo as possíveis negociações do tema na Alca ou no âmbito da OMC, ainda sim não terá como se distanciar do objeto. Tanto pelo intenso fluxo de investimentos que recebe quanto pelo fluxo de investimentos que faz no exterior, consolidando-se como uma potência média.

Por outro lado, as decisões do CIRDI gozam de importante impacto nas relações internacionais, atualmente, haja vista a vultosa quantia envolvida em seus laudos arbitrais. As tão comentadas vantagens do sistema arbitral (tecnicismo de suas decisões, imparcialidade dos árbitros, sigilo das informações e segredos industriais, isonomia das partes, entre outras) trazem ao investidor brasileiro um importante fator de segurança na realização de seu investimento, já que poderá contar com a proteção jurídica de seus ativos.

Este artigo teve por escopo demonstrar a viabilidade de investidores brasileiros contarem com o suporte de uma importante ferramenta jurídica, que pode lhes prover segurança jurídica e eficácia de um órgão internacional com competência específica na matéria que é utilizada por vários investidores, sem que para isso seja necessária a intervenção da diplomacia nacional, que em muitas situações não se envolve (nem deveria), em assuntos privados de brasileiros no exterior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que, atualmente, grande parte dos Estados vêm tentando expandir a promoção do investimento estrangeiro, as políticas públicas que favorecem tais negociações podem se mostrar muito favoráveis a gerar confiança aos investidores. O movimento de internacionalização do mercado fez com que os instrumentos jurídicos tradicionais de solução de conflitos se tornassem insuficientes frente aos anseios e receios dos investidores e Estados, impulsionando o emprego de outra concepção de justiça: aquela resolvida durante o procedimento arbitral.

A internacionalização da produção ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência da aplicação da teoria das vantagens comparativas, resultou na realização de grande volume de investimentos estrangeiros diretos, a maioria deles por formação de empresas transnacionais. Referida intensificação do fluxo de investimentos foi acompanhada pela criação de regras internas e internacionais, com a finalidade de regulamentar o tratamento desses investimentos.

Nesse contexto, surgiram diversas movimentações dos países em desenvolvimento, receptores de investimentos, que tinham como finalidade a obtenção do reconhecimento internacional do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais e do controle da atuação das empresas transnacionais.

Dessa forma, as políticas estatais sobre investimentos passaram a voltar-se mais para a atração dos investimentos estrangeiros do que para seu controle. Assim, foram elaboradas muitas regras internas e celebrados diversos acordos internacionais com a intenção de proteger os investimentos e promover a liberdade do fluxo de capitais que ao controle das atividades das empresas internacionais e dos investidores estrangeiros.

Tais regras objetivaram abordar diversos temas, a exemplo a definição do tema “investimento”, de modo a facilitar a especificação quais ativos ou atividades dos investidores estariam abrangidos na proteção conferida nos eventuais acordos a serem celebrados. Entretanto, o conflito de interesses entre os países investidores e aqueles receptores de investimentos acabaram por dificultar a regulamentação sobre um conceito fixo acerca do tema “investimento!”, o que causa em muitas situações

algumas discrepâncias entre as regulamentações internas de um Estado e os compromissos internacionalmente assumidos por este mesmo Estado.

Diante de tantas controvérsias acerca dos investimentos internacionais, o sistema estabelecido pela Convenção de Washington – CIRDÍ – surgiu como uma alternativa à segurança e fomento dos investimentos internacionais, podemos considerar que se trata de um sistema realmente inovador no âmbito do direito internacional relativo à solução de controvérsias, que interessa principalmente aos Estados.

Portanto, o CIRDÍ foi a organização internacional criada pelo Banco Internacional para administrar procedimentos internacionais de resolução de controvérsias investidor-Estado. Tal fato, por si só, já é suficiente a representar uma característica importante do Centro, que acabou se tornando referência quando se trata de arbitragem de investimento. O grande diferencial do CIRDÍ é a de que possui uma característica absolutamente internacional, o que lhe dá um caráter de procedimento arbitral verdadeiramente deslocalizado e governado por regras internacionais.

Podemos dizer que o CIRDÍ consiste na principal instituição voltada à resolução de conflitos sobre investimentos. Como organismo independente e despolitizado, este provém regras e mecanismos para a resolução de disputas sobre investimento por meio dos métodos de conciliação e arbitragem, fornecendo também listas de árbitros e um excelente aparato administrativo para a condução dos procedimentos submetidos ao Centro.

O fato de a Convenção de Washington ter criado um mecanismo totalmente independente de outras cortes nacionais para a instauração de procedimentos arbitrais, controle de validade, reconhecimento e execução das sentenças arbitrais proferidas em seu âmbito o tornaram o expoente máximo do objetivo precípua de isolar a solução de controvérsias da influência de outros países que possam vir a ter sua imparcialidade questionada.

Diante de todas as inovações apresentadas pela Convenção de Washington, ao criar o CIRDÍ, um dos temas centrais de estudo no presente trabalho foi analisar

os impactos da regulamentação internacional dos investimentos nas atividades relacionadas ao investimento estrangeiro desenvolvidas pelo Brasil

Prioritariamente, foi destacado que apenas os membros do CIRDI – países signatários da Convenção de Washington – contudo essa sistemática também pode ser estendida aos países não membros, por meio do Mecanismo Complementar do CIRDI, que amplia a possibilidade de acesso ao Centro.

Constatou-se que o Brasil foi resistente ao regime regulatório e à arbitragem de investimentos desde que esses institutos apareceram no ordenamento jurídico mundial, isto se deu, especialmente, sob o argumento de que a soberania estatal do país seria violada e colocaria o Estado brasileiro em condição de igualdade com os particulares, além de, supostamente, sub-rogar funções públicas essenciais. Tais argumentos já não são mais tão convincentes, ao passo que desde a década de 90 vislumbram-se movimentações no sentido de modificar esta realidade, na medida em que o Brasil ratificou mais de 14 (catorze) tratados bilaterais de investimentos, todos contendo cláusulas de resolução de disputas investidor-estado. Entretanto, após algumas divergências de políticas internas, os acordos acabaram sendo retirados de pauta.

A situação atual do Brasil, em termos de existência de um sistema jurídico interno apto a atrair investimentos, é positiva e necessita de poucas adaptações, uma vez que o Brasil oferece (i) liberdade aos países estrangeiros para aquisição do controle de uma empresa local; (ii) poucas barreiras impostas pelo país à importação de produtos e serviços estrangeiros; (iii) igualdade de tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras; (iv) possibilidade de realização de empreendimentos transfronteira com parceiros estrangeiros, sem a intervenção governamental; (v) a possibilidade da empresa estrangeira empregar trabalhadores também estrangeiros; e (vi) a existência de esquemas de proteção de investimentos e os incentivos oferecidos.

Nesta última década, o Brasil passou da condição apenas de receptor de investimentos para investidor e, atento a tal fato, o governo brasileiro instaurou um grupo de trabalho intergovernamental para identificar os principais pontos de

consternação dos investidores brasileiros no exterior, bem como costurar novos acordos de investimentos que protejam melhor o país.

Tais acordos aliam alguns elementos à estrutura protetiva dos APPRIs, com algumas inovações que já têm sido propagadas nos acordos de investimentos mais recentes, como a menção ao desenvolvimento sustentável, o respeito ao ambiente regulatório interno dos Estados, a previsão de responsabilidade social corporativa, dentre outras disposições. Seus principais pilares de sustentação consistem na governança institucional, nos mecanismos para mitigação de riscos e prevenção de solução de disputas e na facilitação de investimentos mediante agendas temáticas.

Como foi demonstrado no terceiro capítulo do presente trabalho, os ACFIs surgiram para resolver algumas questões que geraram polemica por não estarem previstas nos antigos acordos bilaterais brasileiros, como a possibilidade de pagamento através de títulos da dívida pública e, a exceção à livre transferência de capitais quando da ocorrência de graves dificuldades na balança de pagamento e nas finanças externas.

Por fim, é possível concluir que o Brasil, por resistir às inovações trazidas no âmbito da resolução de controvérsias advindas de investimentos, acabou entrando em um arcabouço jurídico, porém, esta mesma situação vem sendo adaptada – ainda que parcialmente – pois, já existe uma clara intenção do país em participar da agenda do comércio internacional e do Direito dos Investimentos. Ainda é cedo para firmar qual será o posicionamento final que o Brasil passará a adotar, mas o que se nota é uma recepção favorável aos investidores brasileiros, bem como de importantes parceiros comerciais do Brasil.

Conforme pôde ser observado, fica claro que, mesmo que o Brasil continue a relutar essa forma de procedimento de solução de controvérsias e continue a obstar a ratificação dos TBIs e mesmo as possíveis negociações do tema na Alca ou no âmbito da OMC, ainda assim não terá como se distanciar do objeto. Tanto pelo intenso fluxo de investimentos que recebe quanto pelo fluxo de investimentos que faz no exterior, consolidando-se como uma potência média. Por outro lado, as decisões do

CIRDI gozam de importante impacto nas relações internacionais, atualmente, haja vista a vultosa quantia envolvida em seus laudos arbitrais.

As tão comentadas vantagens do sistema arbitral (tecnicismo de suas decisões, imparcialidade dos árbitros, sigilo das informações e segredos industriais, isonomia das partes, entre outras) trazem ao investidor brasileiro um importante fator de segurança na realização de seu investimento, já que poderá contar com a proteção jurídica de seus ativos.

Desse modo, conclui-se que, considerando que o Brasil permaneceu dentro de um arcabouço jurídico desde antes da criação do CIRDI pela Convenção de Washington, o país vem tentando adaptar esta realidade apenas parcialmente. Além de terem corroborado para isso a posição historicamente resistente do país à arbitragem de investimentos, o mecanismo de solução de controvérsias entre Estados instituído acaba inibindo estímulos à negociação das partes nas fases pré-contenciosas, fazendo com que uma solução de possíveis litígios seja prejudicada.

Por fim, tem-se que, diante de um mundo contemporâneo em constante transformação, a criação de um novo acordo de investimentos pelo Brasil demonstra a intenção do país em participar mais ativamente da agenda do comércio internacional e do Direito dos Investimentos. Ainda é cedo para se afirmar se os ACFIs serão bem-sucedidos, contudo, o que se nota é uma recepção favorável dos investidores brasileiros, bem como de importantes parceiros comerciais do Brasil. Configura-se como uma tarefa muito difícil encontrar um equilíbrio real entre proteção, promoção e facilitação dos investimentos, entretanto, para que se possa verificar se esses instrumentos serão mesmo eficazes, aguarda-se até a sua promulgação, por meio de decreto executivo, publicidade oficial que terá o condão de vincular todos os sujeitos e órgãos jurisdicionais às previsões dos acordos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVAREZ, José E. Chapter 1: The Evolving BIT, in Coordenadores: LAIRD, Ian A. e WEILER, Todd J., Investment Treaty Arbitration and International Law. Huntington: Juris-Net, 2010.

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Melo. O tratamento nacional dos investimentos
ALVAREZ, José E. Chapter 1: The Evolving BIT, in Coordenadores: LAIRD, Ian A. e WEILER, Todd J., Investment Treaty Arbitration and International Law. Huntington: Juris-Net, 2010.

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

AZEVEDO, Déborah Bithiah de. Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil. Estudo da Consultoria Legislativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Melo. O tratamento nacional dos investimentos estrangeiros. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. Regime jurídico dos investimentos de capital estrangeiro. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo: RT, vol.8, n. 32, jul/set 2000, p.9-18.

BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. Estudos avançados. São Paulo, 2002, vol. 16, n. 44. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>.

BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. Max Planck Yearbook of United Nations Law, Heidelberg, v. 10, p. 609-680, 2006.

BROCHES, A. The “additional facility” of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 4, 1979.

CARDIM, Carlos Henrique. (2007) *A raiz das coisas: Rui Barbosa: o Brasil no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999.

CASTAÑEDA, Jorge G. Latin America’s left turn. *Foreign Affairs*, New York, v. 85, Mar.-Jun. 2006. COLLIER, John; LOWE, Vaughan. *The settlement of disputes in international law: institutions and procedures*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

COMISSÃO EUROPEIA. *Investment in TTIP and beyond – the path for reform (documento conceitual)*. 2015.

COOTER, Robert; MARKS, Stephen; MNOOKIN, Robert. Bargaining in the shadow of the law: a testable model of strategic behavior. *The Journal of Legal Studies*, V. 11, n. 2. 1982. P. 225- 251.

COSTA, José A. F. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul: uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 29, n. 2. 2006.

CRETELLA NETO, José. Da jurisdição internacional: exame dos principais fora para solução de controvérsias internacionais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol.101, n. 377, jan/fev 2005, p. 63-110.

DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

DEZALAY, Yves; GARTH, Briant G. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: Chicago University Press, 1996. FATOUROS, Arghyrios A. *International Investment Agreements: Recent Trends in Law and Policy*. In: *SYMPOSIUM FOR LEAST DEVELOPED COUNTRIES. International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries*. Geneva: UNCTAD, 1999.

DI ROSA, Paolo. The recent wave of Arbitrations against Argentina under bilateral investment treaties: background and principal legal issues. *The University of Miami inter-American law review*, Miami: vol. 36, n. 1, outono 2004, p. 41-74.

DUMBERRY, Patrick. The quest to define “fair and equitable treatment” for investors under international law: the case of the NAFTA chapter 11 Pope & Talbot awards. *Journal of World Investment*, Geneva, v. 3, n. 4, p. 657-691, aug. 2002.

FISHER, Roger; URY, William L.; PATON, Bruce. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. Nova Iorque: Penguin, 1985.

FONSECA, Karla Closs. Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos. 2007. 175 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GABRIEL, Vivian D. R.; COSTA, José A. F. O Mercosul e as controvérsias sobre investimentos. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente do Mercosul*. n. 5. 2015.

GARCÍA-BOLIVAR, Omar E. The teleology of international investment law: the role of purpose in the interpretation of international investment agreements. *The Journal of World Investment and Trade*. Genebra: v.6, nº 5, Outubro/2005, p. 751-772.

GATHII, James T. The neoliberal turn in regional trade agreements. *Washington Law Review*, v. 86. 2011. P. 412-474.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: RT, vol.2, n. 7, out/nov 2005, p. 48-78.

GOLSONG, Heribert. Dispute settlement in recently negotiated bilateral investment treaties – the reference to the ICSID additional facility. In: BOS, Adriaan; SIBLESZ, Hugo (Org.). *Realism in law making: essays on international law in honour of Willem Riphagen*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. HOBÉR, Kaj. Has the proliferation of BITs gone too far? Is it now time for a multilateral investment treaty?

The Journal of World Investment and Trade, v. 5, n. 1, p. 93-95, fev. 2004. ICSID. ICSID Additional Facility Rules. Washington: ICSID, 2006.

HARTEN, Gus van. A case for an international investment court. Online Proceedings of the Inaugural Conference of the Society of International Economic Law. Geneva, 2008.

ICSID Case nº ARB/01/8. Washington: 12 de maio de 2005. Disponível em <www.worldbank.org/icsid>. Acesso em 10 de setembro de 2007.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Decision on liability in the proceedings between LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP., LG&E

INTERNATIONAL INC. and THE ARGENTINE REPUBLIC. ICSID Case nº ARB/02/01. Washington: 3 de outubro de 2006. Disponível em <www.worldbank.org/icsid>.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Regras para o mecanismo complementar para administração de procedimentos pelo secretariado do Centro Internacional para Solução de Conflitos sobre Investimento. Washington: 27 de setembro de 1978. Disponível em <www.worldbank.org/icsid>.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Convenção para solução de conflitos de investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados. Washington: 18 de março de 1965. Disponível em <www.worldbank.org/icsid>. A

LOWNEFELD, Andreas F. International Economic Law. Oxford: Oxford University Press, 2003a. ———. Investment agreements and international law. Columbia Journal of Transnational Law, Columbia, v. 42, n. 123, 2003b.

MACHADO, Luis Fernando Corrêa da Silva. Brasil e investimentos internacionais: os acordos sobre IED firmados pelo país. Pelotas: UFPEL, 2005.

MAGALHÃES, José Carlos de. Os tratados bilaterais de investimento. Informação Legislativa, v. 34, n. 135. 1997. P. 13-18.

MANCIEUX, Sébastien. Investissements Étrangers et Arbitrage entre États et Ressortissants d'Autres États: Trente Années d'Activité du CIRDI. Paris: Litec, 2004.

MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. The Yale Law Journal, Vol. 88, No. 5. 1979. P. 950-997

PARRA, Antonio. The history of ICSID. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID). Revista de informação legislativa, Brasília: Subsecretaria de Publicações do Senado, ano 35, n. 140, out/dez 1998, p. 87-93.

PIMENTEL, Luiz Otavio; REIS, Murilo Gouvêa (Coord.). Direito comercial internacional: arbitragem. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem e investimentos estrangeiros. Revista brasileira de arbitragem, Porto Alegre: Síntese, vol.1, n. 2, abr/jun 2004, p. 7-31.

PUCCI, Adriana Noemi. Las nuevas tendencias en materia de arbitraje comercial vigentes en el Brasil, ¿ofrecen suficiente protección a las inversiones extranjeras? Direito do comércio internacional – temas e atualidades – investimento estrangeiro, Florianópolis: Fundação Boiteux, DeCita 03.2005, p. 220-239.

RABELLO, Gabriela Sampaio. Investimento internacional e o direito econômico. Revista de direito internacional econômico, Porto Alegre: Síntese, vol.3, n. 9, out/dez 2004, p. 88-104.

RAGHAVAN, Chakravarthi. Bilateral investment agreements play only a minor role in attracting FDI. Disponível em <<http://twinside.org.sg>>. Acesso em 3 de setembro de 2019.

RICHARDS, Pablo F. Court support for arbitration in Argentina. The arbitration review of the Americas 2007: a global arbitration review special report, Londres: 2007. Disponível em < http://www.globalarbitrationreview.com/ara/05_Argentina.cfm>. Acesso em 04 maio 2007.

ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele. A proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior – Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no direito internacional. São Paulo: J. De Oliveira, 2002.

SCANDIUCCI FILHO, José G. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle R. (Orgs.) Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. The English Legal System, 15a Ed. Londres: Routledge, 2014.

STERN, Brigitte. O contencioso dos investimentos internacionais. São Paulo: Manole, 2003.

THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (ASIL). Disponível em <<http://www.asil.org/>>. Acesso em 7 maio 2007.

THE WORLD BANK GROUP. Disponível em <<http://www.worldbank.com/icsid>>. Acesso em 30 de agosto de 2006.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York: United Nations, 2012.

VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. Journal of International Law and Politics. [New York], v. 43, n. 1, p. 43-106, 2010.

VARELLA, Marcelo D. Direito internacional público. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VOIGT, Christina. The role of general principles in international law and their relationship to treaty law. Retfærd: Nordic Journal of Law and Justice, [S.l.], v. 31, n. 121, p. 3-25, 2008.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Direito Internacional dos Investimentos e o Brasil: uma perspectiva a partir do padrão de tratamento justo e equitativo – Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

YOST, Chris. A case review and analysis of the legitimate expectations principle as it applies within the fair and equitable treatment standard. Australian National University College of Law Research Paper, [Canberra], n. 09- 01, [2009].